

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**TRÁFICO DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA:
UMA HARMONIZAÇÃO POSSÍVEL NO DELITO DE PERIGO ABSTRATO**

PAULO HENRIQUE DA SILVA BARBOSA

Rio de Janeiro

2019/2

PAULO HENRIQUE DA SILVA BARBOSA

**TRÁFICO DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA:
UMA HARMONIZAÇÃO POSSÍVEL NO DELITO DE PERIGO ABSTRATO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Tiago Joffily.

Rio de Janeiro

2019/2

FICHA CATALOGRÁFICA

B238t Barbosa, Paulo Henrique da Silva
 O Tráfico de Drogas e o Princípio da
 Insignificância: uma harmonização possível no delito
 de perigo abstrato / Paulo Henrique da Silva
 Barbosa. -- Rio de Janeiro, 2019.
 72 f.

 Orientador: Tiago Joffily.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

 1. Tráfico de Drogas. 2. Princípio da
 Insignificância. 3. Crime de Perigo Abstrato. 4.
 Desvalor da Ação. 5. Desvalor do Resultado. I.
 Joffily, Tiago , orient. II. Título.

PAULO HENRIQUE DA SILVA BARBOSA

**TRÁFICO DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA:
UMA HARMONIZAÇÃO POSSÍVEL NO DELITO DE PERIGO ABSTRATO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Tiago Joffily.

Data da Aprovação: ___ / ___ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019/2

AGRADECIMENTOS

A você mãe, que por sobrevivência abriu mão dos estudos para ajudar os pais e conviveu com a tragédia do analfabetismo, agradeço o carinho, dedicação e zelo.

A você pai, que buscou refúgio numa favela carioca ao ver o filho recém-nascido acometido por uma doença, agradeço a coragem e o afeto.

A minha amada esposa e eterna companheira, que deu-me a alegria de dividir comigo sua vida, agradeço por compreender as minhas angústias e suportar comigo esta fase da vida. Com você, espero ensinar aos nossos descendentes que os estudos podem mudar histórias.

Ao escritório Nilo Batista & Advogados Associados, agradeço por me conceder a oportunidade de desfrutar de um conhecimento inesgotável. De um modo especial, agradeço aos meus mentores na advocacia criminal Carlos Bruce Batista, Fábio Dib e Maria Clara Batista pelo aprendizado constante. Agradeço, ainda, Rafael Fagundes pela generosa contribuição ao presente trabalho.

Ao meu orientador Tiago Joffily, agradeço por sua disponibilidade e pelos subsídios dogmáticos que estimularam reflexões substanciais ao tema.

Ao Criador por me permitir sair da maior favela da América Latina para a maior Faculdade de Direito do Brasil.

“Nunca se esqueça que tudo o que Hitler fez na Alemanha era legal”.

(Martin Luther King Jr).

RESUMO

O presente trabalho visa analisar se o princípio da insignificância pode ser aplicado aos delitos de tráfico de drogas mesmo sendo este considerado crime de perigo abstrato ou presumido. Em razão desse entendimento pacificado pelos Tribunais Superiores, examinaremos os vetores elencados pelo Supremo Tribunal Federal e estudaremos o suposto conflito entre o princípio da insignificância e o crime de perigo abstrato à luz da teoria do delito incluindo nesse cenário as questões que envolvem o desvalor da ação e o desvalor do resultado como elementos do injusto penal. Para tanto, faz-se imprescindível o exame da regulação das drogas, o conceito do bem jurídico no tráfico de drogas, o conceito de insignificância como causa de exclusão da tipicidade material, bem como o estudo dos princípios fundamentais do Direito Penal que estão intrinsecamente ligados ao instituto e que foram essenciais para a sua construção doutrinária.

Palavras-Chave: Tráfico de Drogas; Princípio da Insignificância; Tipicidade Conglobante, Crime de Perigo Abstrato; Desvalor da Ação; Desvalor do Resultado

ABSTRACT

This paper seeks to analyze if the principle of insignificance can be applied to drug trafficking offenses even though it is considered an abstract crime danger. Because of this understanding pacified by the Superior Courts, we will examine the selection criteria by the Federal Supreme Court and study the alleged conflict between principle of insignificance and the crime of abstract danger from de point of view theory of crime including in this scenario the issues surrounding the devaluation of action and the devaluation of the result as elements of the crime. Therefore, it is essential to examine the regulation of drugs, the concept of the legal good in drug trafficking, the concept of the principle of insignificance as grounds for excluding criminal responsibility, as well as the study of the fundamental principles of Criminal Law that are intrinsically linked to the aforementioned doctrine and were essential to the its corroboration by legal scholars.

Keywords: Drug Trafficking; Principle of Insignificance; Conglobant Typicality; Abstract Dangers Crimes; Worthlessness of Action; Worthlessness of Result.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O TRÁFICO DE DROGAS.....	12
1.1. Um breve panorama do proibicionismo	12
1.2. Bem jurídico no tráfico de drogas.....	14
1.2.1. Conceito de bem jurídico.....	14
1.2.2. A função do bem jurídico.....	18
1.2.3. Saúde Pública: bem coletivo ou individual?.....	20
2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	24
2.1. Origem e conceito.....	24
2.2. Fundamentos	28
2.2.1. Princípio da igualdade (isonomia).....	28
2.2.2. Princípio da proporcionalidade.....	29
2.2.3. Princípio da lesividade.....	32
2.3.4. Princípio da intervenção mínima.....	34
2.4. Tipicidade material.....	36
3. DECISÕES IRRACIONAIS E OS CRITÉRIOS QUE REFORÇAM À ESTIGMATIZAÇÃO DO AGENTE: UMA CRÍTICA PONDERÁVEL À DESERÇÃO DA TEORIA DO DELITO.....	41
3.1. A mínima ofensividade da conduta	44
3.2. A nenhuma periculosidade social da ação	45
3.3. O reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento.....	47
3.4. A inexpressividade da lesão jurídica provocada: um aparente obstáculo aos crimes de perigo abstrato e um óbice à insignificância no tráfico de drogas.....	47
3.4.1. Apontamentos sobre o crime de perigo abstrato	49
3.4.2. O desvalor da ação e o desvalor do resultado como indicadores de aferição da insignificância.....	53
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

INTRODUÇÃO

O Tráfico de Drogas e o Princípio da Insignificância: uma harmonização possível no delito de perigo abstrato. O tema, por diversas vezes, tem sido debatido nas sessões de julgamento de todos os tribunais do Brasil, sobretudo nos tribunais superiores. As discussões traçadas no âmbito dos colegiados têm trazido à tona as divergências acerca do assunto. Nesse contexto, em uma espécie de desarmonia dogmática, a Suprema Corte e o Superior Tribunal de Justiça pacificaram o entendimento de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente pois tratam-se de crimes de perigo abstrato ou presumido. Da leitura das decisões que fortaleceram essa tese, percebe-se o emprego de forma acrítica de conceitos e expressões imprecisas e, sobretudo, o despreço pelos elementos e instrumentos que a teoria do delito oferece a fim de direcionar as decisões proferidas pelas agências judiciais e que auxiliam no combate à arbitrariedade seletiva do sistema penal e a irracionalidade do poder punitivo.

Diante dessa conjuntura, abordaremos no Capítulo 1 tópicos específicos do tema que envolve o tráfico de drogas. No presente trabalho, não aprofundaremos as particularidades históricas do tráfico de drogas pois nos propomos a uma análise interpretativa e crítica sobre a criminalização de condutas irrelevantes à luz da dogmática jurídico-penal. Apesar disso, reforçaremos a construção teórica de Henrique Carneiro para o qual a história das drogas é, antes de tudo, a história de suas regulações. A história das regulações das drogas simboliza a necessidade moral de obediência à norma e legitima uma concepção de um direito penal que não serve apenas para proteger bens jurídicos, mas sim um instrumento que visa garantir o cumprimento da lei e a manutenção da confiança da sociedade no sistema. Logo, torna-se crime o mero descumprimento da norma, ainda que não haja ofensa ao bem jurídico. A propósito, notaremos que o conceito de bem jurídico está intimamente relacionado ao princípio da lesividade, o qual, por sua vez, serve como fundamento para o princípio da insignificância.

No Capítulo 2, discorreremos a origem do princípio da insignificância e seu conceito apoiando-nos nas considerações de Rafael Fagundes Pinto. Neste tópico, destacaremos que o princípio da insignificância possui seus fundamentos tanto nos princípios gerais do direito penal como em razões de política criminal. Dentre os princípios que embasam o princípio da insignificância, apontamos o princípio da igualdade (isonomia), da proporcionalidade, da lesividade e da intervenção mínima. Além disso, analisaremos qual a melhor posição da

insignificância na teoria do delito: excludente da licitude, dispensa de pena ou excludente de tipicidade. Enfim, faremos algumas reflexões sobre a teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni para discutir se esta teoria seria a solução mais completa para orientar os casos de lesões insignificante.

Por fim, no Capítulo 3 observaremos que o Supremo Tribunal Federal, para equacionar os problemas advindos das decisões incongruentes acerca da (in)aplicabilidade do princípio da insignificância, estabeleceu alguns vetores: a) a mínima ofensividade da conduta; b) a nenhuma periculosidade da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. No que tange ao delito de tráfico de drogas, segundo o entendimento dos tribunais superiores, é desnecessário analisar o item “d” já que os crimes de perigo abstrato não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto. A bem da verdade, este posicionamento apenas enfatiza que a teoria do delito está relegada ao segundo plano na fundamentação das decisões dos tribunais e, principalmente, que as decisões dos agentes judiciais são arbitrárias e subjetivistas quando da análise da (in) aplicabilidade do princípio da insignificância no caso concreto - em que casos semelhantes recebem tratamento judicial absolutamente distinto -, contribuindo para a insegurança jurídica, o agravamento na violência da criminalização secundária e ampliando a irracionalidade do poder punitivo. Ademais, faremos uma reflexão acerca do suposto conflito entre o princípio da lesividade (uns dos principais fundamentos da insignificância) e os crimes de perigo abstrato e discutiremos o desvalor da ação e desvalor do resultado.

1. O TRÁFICO DE DROGAS

1.1. Um breve panorama do proibicionismo

Na história cultural contemporânea, a droga (seja ela lícita ou ilícita) figura, ao mesmo tempo, como um fantasma do mal e como um símbolo de saúde (o uso medicinal da maconha no Brasil, por exemplo, tem avançado nas discussões políticas e nas agências reguladoras). Nesse cenário, encontram-se os remédios psicoativos, bebidas alcóolicas, tabaco, café e substâncias ilícitas. No entanto, o que define um tipo de droga no rol do pânico moral (maconha, entre outros) e o outro no catálogo dos remédios para os “males” (antidepressivos, sedativos, ansiolíticos, estimulantes etc) é a carga simbólica altamente significativa decorrente de seus diferentes regimes de normatização. Aparentemente, a justificativa para essa regulamentação diferenciada das substâncias psicoativas é atribuída aos danos potenciais comparados. Como explica Henrique Carneiro:

Desde o final do século XIX se estabeleceu uma regulamentação, a partir dos países centrais, que depois – ao longo do século XX – firmaram e impuseram tratados internacionais que instruíram a separação atual em três diferentes circuitos de circulação das drogas: as substâncias ilícitas, as lícitas medicinais e as lícitas recreativas. A história das drogas é, assim, antes de tudo, a história de suas regulações, da construção de seus regimes de circulação e das consequentes representações culturais e políticas de repressão, incitação ou tolerância.¹

Além disso, a regulação diferenciada das drogas propicia também um valor diversificado. O proibicionismo “cria uma esfera especulativa de rentabilização financeira de capitais desregulamentados ao extremo e conectados ao circuito dos tráficos ilícitos em geral”². Assim, ressalta Carneiro que “o valor da droga corresponde a um preço que é resultado acima de tudo da proibição. (...) Seu maior valor de signo é a proibição, no que se refere às drogas ‘ilícitas’. A proibição confere um valor de tabu!”³.

O valor atribuído às drogas, portanto, está associado à história de sua regulamentação e, consequentemente, de sua proibição. Desde as instituições do primeiro *Pharmacy Act*, em 1868, na Inglaterra, da separação de certas substâncias a partir de um ponto de vista das regras legais após a Primeira e Segunda Guerra Mundial, que adotaram diferentes regulações entre as drogas

¹ CARNEIRO, Henrique. **Drogas: a história do proibicionismo**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018, p. 19.

² *Ibidem*, p. 24.

³ *Ibidem*, p. 25.

legais e ilegais (entre o álcool, tabaco e cafeínicos, e o ópio, a *Cannabis* e a coca), a história das drogas é, em boa parte, a história de suas proibições por meio de normas regulamentadoras.

Nesse ponto, pode-se dizer que esta regulação proibicionista provoca algumas consequências, como a guerra às drogas, o pânico moral, perdas sociais, entre outros. Entretanto, para as discussões que serão abordadas no presente trabalho, destacamos a sua influência na dogmática penal, sobretudo porque os fundamentos das decisões que levam à inaplicabilidade da insignificância no delito de tráfico de drogas ilícitas se aproximam de ideias que favorecem a tendência de um direito penal máximo, como o funcionalismo radical de Jakobs.

De acordo com esta teoria, o delito é toda violação da norma que vai contra as expectativas sociais de convivência. O delito é a frustração das expectativas normativas e a pena é a confirmação da vigência da norma violada. Para Jakobs, a missão do direito penal está diretamente ligada à prevenção geral, o que se dá pela confirmação da norma.

Ainda, para essa concepção, o bem jurídico ficaria em segundo plano, isto é, o que mais importa é a vigência da norma, tendo menor relevância a ocorrência ou não da lesão ao bem jurídico protegido pois o direito penal não serve apenas para proteger bens jurídicos, mas especialmente para garantir o cumprimento da norma e manter a confiança da sociedade no sistema. Logo, aquele que infringe a norma comete crime, independentemente de ofender o bem jurídico tutelado (bem jurídico na visão clássica).

Para Jakobs o bem jurídico tutelado é a própria norma, se ela foi violada o crime aconteceu. O que importa é o sistema e a pena que servem para reafirmar a relevância da norma. Nesse passo, o pensamento de Jakobs está alinhado à expansão do direito penal, situação na qual aumenta a tipificação de crimes de perigo e legitima o discurso de proteção da norma na sociedade de risco. Portanto, aquele que não cumpre o preceito primário da norma está à margem da sociedade e dela sofrerá apenas os castigos, se infringiu o sistema e não oferece garantias cognitivas de fidelidade ao direito será visto como inimigo, não merecedor de garantias, mas sim, destinatário das sanções de um poder punitivo tendencialmente autoritário.

Em síntese, no decorrer do presente trabalho perceberemos que as decisões judiciais reforçam a carga simbólica dos tipos de drogas decorrente de seus diferentes regimes de

normatização. Ademais, os agentes judiciais seguem criminalizando condutas irrelevantes nos delitos de tráfico de drogas pela mera desobediência à norma sob o argumento de que o princípio da insignificância não se aplica a este tipo de delito por se tratar de crime de perigo presumido ou abstrato atribuindo à pequena quantidade de droga relevante risco social.

1.2. Bem jurídico no tráfico de drogas

1.2.1. Conceito de bem jurídico

É importante abordar, de forma resumida, alguns dos fundamentos que conceituam o bem jurídico. Para atender ao propósito do presente trabalho, daremos destaque ao sentido objetivista considerando a concepção dos valores éticos-sociais da ação por auxiliar na compreensão da teoria do delito (desvalor da ação e desvalor do resultado).

O meio mais grave e atroz de ingerência do Estado no espaço de liberdade do indivíduo é a pena. Com isso, em um Estado de Direito, onde a figura da dignidade da pessoa humana encontra-se entre os princípios reitores de sua fundação, o recurso à pena não pode ser usado de forma indiscriminada. A figura do bem jurídico necessita de substância, de conteúdo. Este conteúdo deve ser forte o suficiente para justificar uma grave ameaça ao âmbito de liberdade do cidadão. Caso contrário, será uma tarefa difícil justificar a tutela penal à luz da dignidade humana. Nesse ponto, Hassemer lesiona que:

a violação de bens jurídicos como elemento fundamentador do merecimento de pena contrapõem-se princípios que atuam no sentido de uma limitação da punibilidade, os quais eu reúno sob a concepção da ‘formalização da justiça penal’. Dentre eles há que se mencionar especialmente os seguintes: subsidiariedade (o recurso ao Direito Penal só pode ter lugar, quando nenhum outro meio puder solucionar adequadamente o conflito); danosidade social (o conflito tem que atingir “todos nós” e não somente o autor e a vítima”); tolerância, humanidade, respeito da dignidade humana (uma ameaça penal, não importa a forma, não pode atentar contra os fundamentos de nossa cultura jurídica).⁴

Embora a falta de clareza do seu significado dificulte a abordagem sobre o tema, a idealização de teorias do bem jurídico não pode ser menosprezada. Para uma melhor compreensão, ainda que deficiente, do bem jurídico pelo crime de tráfico de drogas, ressaltamos que, na atualidade, há duas correntes a favor de uma teoria do bem jurídico: *i*) a teoria dualista

⁴ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 13.

de bem jurídico – bens individuais e coletivos são autônomos entre si (Schünemann e Hefendehl); e *ii*) teoria monista-pessoal – interesse pessoal como ponto de partida e bens coletivos só são legítimos se referíveis a indivíduos (Hassemer). De qualquer modo, as doutrinas do bem jurídico atualmente possuem a figura da pessoa humana como fim, apesar das referências que indicam à necessidade de um “dano social”. Essa necessidade de apoio ao conceito de bem jurídico está fundamentada a partir de diversos argumentos.

O primeiro deles é argumento do contrato social. De acordo com Roxin⁵, os limites de legitimidade da tutela penal estatal encontram-se nas próprias finalidades do direito penal. Seu fundamento está alicerçado na noção de proteção subsidiária de bens jurídicos consubstanciada na premissa de que o direito penal realiza tal proteção através da pretensão de prevenção de futuras lesões e como *ultima ratio* da política pública. No entanto, cumpre ressaltar que o autor contesta o conceito idealista de bem jurídico, pois os objetos tutelados pelo direito penal são reais, e não valores de simples existência ideal. O Estado protege bens jurídicos e não meros direitos ou interesses. Ademais, tal proteção será somente subsidiária e fragmentária, não cabendo ao direito penal o alcance amplo e irrestrito de todas as possíveis lesões a bens jurídicos.

Já Schünemann⁶ entende que o direito penal de um Estado democrático e liberal deve buscar um limite de legitimidade, que consiste na exata medida da necessidade da tutela penal para garantir o livre desenvolvimento dos indivíduos. Segundo ele, o bem jurídico não pode ser um interesse qualquer, “mas apenas um interesse urgente de convivência que pode ser protegido pelo direito penal”⁷.

Outro argumento é o da proporcionalidade. Este argumento está diretamente ligado às construções baseadas no contrato social. Entretanto, pode-se arguir a necessidade de aferição de legitimidade da tutela penal por questões de proporcionalidade sem evocar uma teoria do

⁵ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 33.

⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 53, p. 9-37, 2005, p. 21-32.

⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponte de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 18.

contrato social. Kindhäuser⁸, por exemplo, declara que entre pena e bem jurídico existe uma relação indireta. A proteção de bens jurídicos, segundo ele, é a finalidade da criação da norma, mas não da aplicação da pena. Em suas lições, o autor sustenta que o fundamento da norma e o conteúdo do bem jurídico consiste na figura humana e que a norma penal deve atender a uma ideia de proporcionalidade entre o ato punível e a pena correspondente. Assim, o direito penal retribui a culpabilidade de forma imediata e protege bens jurídicos de forma mediata.

Enfim, o argumento constitucional, que é uma variante do argumento da proporcionalidade, ancorando-se na Carta Magna, e observa a dupla função no recurso à Constituição: *i*) a de fundamentar a figura do bem jurídico; e *ii*) a de conferir uma forma a tal figura. Ferrajoli⁹ lembra que, não seria lógico intervir nesse bem em nome da proteção de um valor que não seja igualmente constitucional se considerássemos a liberdade pessoal um bem constitucional da mais alta importância.

Dentre as críticas de uma teoria do bem jurídico, destaca-se a falta de precisão e clareza da noção de bem jurídico (argumento da incerteza)¹⁰. Esse é o motivo que leva Stratenwerth a afirmar que “uma definição abrangente e material do bem jurídico é a quadratura do círculo.”¹¹. Ainda, em razão da decisão do BGH (Bundesgerichtshof) que declarou a constitucionalidade do crime de incesto na Alemanha, também Stuckenberg¹² faz críticas à indefinição do conceito de bem jurídico que foi desenvolvido até o momento. Stratenwerth defende que se estenda a tutela penal para determinados casos em que este não visualiza um bem jurídico protegido, mas que são socialmente considerados tabus, como seriam os casos do incesto, da perturbação da paz dos mortos e da crueldade com animais.

⁸ KINDHÄUSER, Ürs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. trad. Beatriz Corrêa Camargo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 95, p. 85-95, 2012.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 380.

¹⁰ Além deste argumento, existe: o argumento da proteção da vigência da norma (Günther Jakobs), o argumento da ineficácia (Günther Jakobs), o argumento da necessidade de apoio na Constituição (Knut Amelung) e o argumento do caráter antiliberal do conceito (Joachim Renzikowski).

¹¹ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 145.

¹² Para o autor, “existem várias objeções bem conhecidas em relação ao conceito de ‘bem jurídico’ como uma teoria de política criminal que apresentarei de forma sucinta. Uma das principais críticas aponta para a imprecisão da *Rechtsgutslehre* e sua incapacidade de definir com clareza o que é um *Rechtsgut* [bem jurídico]. Esta imprecisão é o sintoma de uma falha em seus fundamentos – e a razão é esta: o conceito de ‘bem jurídico’ é uma expressão puramente formal do resultado de um juízo de valor realizado pelo direito positivo de que algo é protegido pela lei e, portanto, considerado digno de tal proteção.” (STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 7, 2014.)

Ainda neste ponto, Renzikowski afirma que a falta de compreensão no estabelecimento dos pressupostos em que interesses fáticos seriam penalmente relevantes esvazia o poder de controle de legitimidade sobre a atividade legiferante em relação à produção bens jurídicos. Também Hirsch constrói seu argumento a partir da falta de clareza do conceito de bem jurídico, asseverando que tal conceito não é anterior ao sistema e que, por conseguinte, a ideia de lesão de bens jurídicos não seria um meio adequado para aferir a legitimidade da intervenção penal. Para o autor, o meio mais adequado para a realização desse controle deve ser realizado pelos princípios da proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio*, pois estes ofereceriam um critério determinado para a crítica da atividade legislativa em matéria penal.

Além desses apontamentos, devemos reforçar que os bens jurídicos, cuja afetação é criminalizada pela lei penal, refletem os interesses da classe que detém o poder político. Por este motivo, o detentor do poder tem condição de controlar a programação criminalizante e o processo de criminalização primária. Este é o fator essencial que eleva determinados interesses à condição de bens jurídicos e outros não, criminalizando-se as condutas que atentam contra determinados valores específicos, enquanto outros interesses sociais permanecem à margem da legislação penal. Nas palavras de Nilo Batista:

O bem jurídico se situa na fronteira entre a política criminal e o direito penal. Não há um catálogo de bens jurídicos imutáveis à espera do legislador, mas há relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir. São múltiplos e irredutíveis os aspectos dessas relações sociais, aos quais pode o legislador outorgar proteção penal, convertendo-os em bens jurídicos. O bem jurídico, portanto, resulta da criação política do crime (mediante a imposição de uma pena a determinada conduta), e sua substância guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador.¹³

Nesse sentido, Welzel já reconhecia que “o direito penal não oferece aos bens jurídicos proteção absoluta”¹⁴. Além disso, como destacam Zaffaroni e Batista, “nada prova que a lei penal efetivamente tutela um bem jurídico: a única coisa suscetível de verificação é que ela confisca um conflito que atinge e coloca em perigo o bem jurídico”¹⁵. Por isso, seria inverídica a ideia de que o direito penal promove a tutela de bens jurídicos. Este mito da proteção de bens

¹³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 96.

¹⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**, trad. De Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 15.

¹⁵ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 226.

jurídicos confere ao direito penal uma função legitimante que retira do conceito de bem jurídico sua capacidade de limitação do poder punitivo. Zaffaroni e Batista concluem que:

O mito de um bem jurídico protegido ou tutelado, que se racionalizou na teoria imperativista do direito, pressupõe aceitar a eficiência da tutela do poder punitivo consagrada de forma pretensamente dedutiva: se uma norma proíbe uma ação que ofende o bem jurídico, é porque o protege (e, portanto, a pena adquire um sentido policial preventivo). Trata-se de conclusão que logicamente não se logra extrair da premissa, produzindo-se um juízo com valor de verdade falso (as normas penais tutelam os bens jurídicos), como a operatividade real do poder punitivo demonstra.¹⁶

Portanto, a figura do bem jurídico deve exercer uma função indispensável de racionalização e contenção do poder punitivo estatal. Não se pode admitir a intervenção estatal de forma abusiva na esfera de liberdade de um indivíduo. Isso significa que deve haver uma fundamentação para a intervenção jurídico-penal que justifique o potencial lesivo de seu emprego.

1.2.2. A função do bem jurídico

Ainda que a ausência de precisão de seu conceito seja uma barreira quase intransponível, é importante sinalizar que, no Estado Democrático de Direito, a análise do bem jurídico, sobretudo no crime de tráfico de drogas, deve ser orientada pela função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado e pela função teleológica ou interpretativa. Esta é a função de interpretar os tipos e dar a eles sentido e fundamento, lembrando que o bem jurídico é protegido pela lei penal. Luiz Régis Prado cita Jescheck ao afirmar que o bem jurídico é o conceito central, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos, sendo um importante instrumento de interpretação¹⁷. Naquela, a tipificação de crimes pelo legislativo deve abarcar apenas condutas mais graves, que lesionem ou coloquem em perigo os bens jurídicos fundamentais (constitucionais), firmando um critério de seleção de bens jurídicos que terão um caráter político-criminal. Essa restrição configura uma garantia ao indivíduo, pois o bem jurídico delimita a norma e a sua criação. Como aponta Régis Prado, “esta função de caráter político-

¹⁶ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 216.

¹⁷ PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2ª ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 48.

criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. Não se pode descurar no sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos”¹⁸.

Para Jorge de Figueiredo Dias “a função do direito penal só pode ser, num estado democrático pluralista e laico, a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, não a decisão de controvérsias morais, o reforço de normas morais ou, em suma a tutela de qualquer moral.”¹⁹. Já para Luís Greco,

Para essa perspectiva, o que interessa em primeira linha não é nem que a proteção da moral pelo direito penal seja de reduzida eficácia, nem que ela produza poucos benefícios, e sim a sua incompatibilidade com o respeito pela autonomia dos cidadãos. Em certas esferas, ainda que bem reduzidas, o cidadão é soberano absoluto. Principalmente no que diz respeito a questões referentes à chamada ‘boa vida’, qualquer intervenção estatal significará um desrespeito a essa autonomia, entendida aqui grosseiramente como o direito de viver segundo seu próprio plano de vida e sua própria ideia de uma ‘boa vida’.²⁰

Além da observância das funções descritas, a função do bem jurídico deve estar também atrelada ao caráter subsidiário do direito penal. Na mesma perspectiva, Nilo Batista, que outrora trabalhava com a ideia de bem jurídico como objeto de proteção do direito penal, analisa o bem jurídico sob a ótica da contenção do poder punitivo. No mesmo sentido, Tiago Joffily, assentado nas lições de Juarez Tavares, destaca que o bem jurídico dever ser entendido como “elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social”²¹. Ainda acerca da função do bem jurídico, Joffily acrescenta que

assim, e uma vez que no modelo de sociedade que tomamos por paradigma a projeção social do sujeito se dá de forma plena apenas no mundo da vida, longe das interferências estratégicas dos sistemas especializados, e por meio de uma comunicação com vistas ao consenso, o bem jurídico só desempenhará uma função legítima na medida em que auxilie o direito penal na tarefa de limitar a incidência do poder punitivo estatal às hipóteses de grave afetação da ‘própria condição do sujeito’, ou seja, àqueles casos em que a ação perlocucionária de um acabe impedindo o agir comunicativo do outro, negando sua existência como pessoa²².

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 288)

²⁰ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p. 165-185, 2010b, p. 178.

²¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 198.

²² JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal**. 1ª edição. Florinópolis: Empório do Direito, 2016. p. 179.

Enfim, Zaffaroni e Batista arrematam que ao bem jurídico incumbe a tarefa de “representar teoricamente o(s) outro(s) sem o(s) qual(is) pode existir – salvo no estado de polícia – apenas uma questão moral, não porém jurídica”²³.

1.2.3. Saúde Pública: bem coletivo ou individual?

A lei 11.343/2006, por meio dos seus artigos 28 e 33 a 39, tipifica condutas que têm como bem jurídico protegido primariamente a figura da saúde pública. Portanto, é importante, antes de tudo, examinar o bem jurídico sob a ótica da política criminal. Para isso, analisaremos o conceito de saúde pública.

A saúde pública é um bem jurídico costumeiramente classificado como supraindividual²⁴. Existe uma certa dificuldade em conceituá-la pois a saúde pública poder ser a soma das saúdes individuais de todos os integrantes da sociedade, o sistema público de saúde, o conjunto de regras sanitárias e de higiene ou o estranho conceito da evitação “de uma prática social perigosa para a comunidade pela deterioração que se pode causar na população”²⁵.

Em razão do princípio do *nullum crimen sine lege*, o bem jurídico precisa ter um conteúdo certo e delimitado. É possível afirmar que a certeza conceitual de um bem jurídico constitui um imperativo hipotético de sua função dogmática ou imanente. Como descreve Rodrigo José dos Santos Amaral, a função dogmática ou imanente “diz respeito à utilidade da noção de bem jurídico atingido para fins de interpretação dos tipos penais, bem como os demais institutos da ciência penal, como, por exemplo, a dogmática do erro”²⁶. Assim, se o bem jurídico serve de parâmetro para a interpretação de um tipo legal, deve-se ter a certeza do objeto tutelado pela norma.

²³ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 532.

²⁴ No mesmo sentido, GIULIANI, Emília Merlini. A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamentos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 124, p. 17-35, 2016.

²⁵ Em tradução livre de CARVALHO, José Theodoro Corrêa de. **Tráfico de drogas: prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55.

²⁶ AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Bem jurídico, autonomia e drogas: um ensaio para uma interpretação teleológica dos tipos penais de tóxicos. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Rio Grande do Sul, v. 6, n. 2, 2018, p. 254-255.

Das quatro definições apontadas acima, a segunda e a terceira apresentam, inicialmente, o mesmo vício: a instrumentalização do homem. Quando afirmam que o sistema de saúde ou um conjunto de regras se sobrepõem à saúde individual, estão colocando o homem como meio da norma, e não como fim. Pode-se dizer que tanto o sistema quanto as regras existem para servir ao homem e que, portanto, o homem seria o fim da norma, no final das contas. Entretanto, existem problemas em tal construção, tendo em vista que estar-se-ia buscando efeitos remotos para o preenchimento do significado do bem jurídico.

O sistema de saúde, por seu turno, é elemento que faz parte do bem jurídico “administração pública”. Logo, o sistema de saúde estará legitimamente tutelado por todos os tipos penais que possuem como valor a administração pública. Os delitos que possuem a saúde pública como bem declaradamente tutelado fazem menção às condutas que possuem potencialidade lesiva a saúdes individuais em larga escala, como será demonstrado a seguir.

A fim de aferir bens coletivos, Luís Greco²⁷ desenvolveu alguns critérios sugerindo um sistema mais bem-acabado de aferição das condições necessárias para um bem jurídico coletivo, que consiste em três regras de caráter negativo que são: o teste da circularidade, o teste da distributividade (ou divisibilidade) e o teste da não especificidade.

O teste da circularidade estabelece que o fato de um dispositivo penal não ser legítimo sem um bem coletivo não é razão suficiente para se postular um bem dessa categoria. De outro modo, do teste da distributividade (ou divisibilidade) conclui-se que arguir que um número indeterminado de pessoas possui interesse em um bem não é em si suficiente para se postular tal bem como coletivo. Enfim, do teste da não especificidade decorre que não é possível postular um bem coletivo nas hipóteses onde a afetação desse bem acarreta necessariamente na afetação simultânea de um bem individual.

Esse sistema de três regras proposto tem a vantagem de não se limitar a argumentos ontológicos, respondendo-se também a questões normativas e, com isso, não sendo suscetível de refutações por meio de observações estritamente ontológicas, sendo, até o momento, o

²⁷ GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. **Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 434.

melhor instrumento para aferição de possibilidade de postulação de bens coletivos. No entanto, Rodrigo dos Santos Amaral alerta que:

Primeiramente, a saúde pública não passa no teste da especificidade. Todos os delitos da Lei de Drogas afetam um bem individual – a saúde individual ou integridade física, se se preferir o termo adotado pelo Código Penal e, em última instância, a própria vida –, de modo que não há como sustentar a afetação de um suposto bem coletivo. Em segundo lugar, uma hipotética arguição de que o bem jurídico coletivo faria a criminalização fugir das críticas ao seu paternalismo injustificado fica prejudicada pelo teste da circularidade. E, por fim, ancorar-se na mera soma dos bens jurídicos individuais encontra óbice no teste da não distributividade. Portanto, conclui-se que todos os tipos penais em que se declara a tutela da saúde pública devem ser interpretados à luz da integridade física individual.²⁸

Nessa perspectiva, sob o argumento de proteger a saúde pública, o legislador criou determinadas normas incriminadoras explorando os mais variados comandos e verbos a fim de alcançar uma ampla proteção, como nos comandos contido no art. 33: “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor a venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente”.

Ocorre que existe uma temerária conjunção entre esse tipo penal e o princípio da culpabilidade pelo fato. Isso porque a pena prevista para o esse delito varia entre 5 e 15 anos de reclusão, pena maior que a do homicídio culposo (1 a 3 anos), da lesão corporal de natureza grave (1 a 5 anos ou 2 a 8 anos, dependendo do resultado) e da lesão corporal seguida de morte (4 a 12 anos), por exemplo. Dentre estes tipos penais, nota-se que, sob o ponto de vista da proteção a bens jurídicos, o próprio tráfico de drogas é o único tipo que não tutela a efetiva lesão do bem jurídico. Ainda na vigência da antiga lei de tóxicos, Luís Greco advertia que “(n)ão se trata de um tipo que descreve uma conduta proibida, mas de um tipo de autor, se bem que camuflado por trás das várias e várias ações mencionadas.”²⁹. Logo, não se trata de punir pela gravidade do delito, e sim de punir gravemente a figura do traficante.

Assim, a saúde pública não atende aos requisitos básicos que configuram um bem jurídico coletivo. Portanto, trata-se de um bem aparente. Na verdade, o que se tutela é o conjunto de

²⁸ AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Bem jurídico, autonomia e drogas: um ensaio para uma interpretação teleológica dos tipos penais de tóxicos. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Rio Grande do Sul, v. 6, n. 2, 2018, p. 281-281.

²⁹ GRECO, Luís. Tipos de autor e lei de tóxicos ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 226-238, 2003, p. 229.

integridades físicas (ou saúdes individuais) ou, potencialmente, de vidas de vários integrantes da sociedade. A interpretação dos tipos penais em que se declara a saúde pública como bem jurídico tutelado deve ser feita à luz do que se visa proteger, que é um bem jurídico individual, sendo este normalmente a integridade física (ou saúde individual), ou, potencialmente, a vida. A solução para os casos onde a pena cominada seja desproporcionalmente alta em relação à gravidade abstrata da conduta descrita no tipo penal é o emprego de uma interpretação restritiva, de forma que só condutas cujo desvalor possa justificar a pena cominada sejam subsumidas.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1. Origem e conceito

Ainda pairam dúvidas acerca da origem do princípio da insignificância na história da dogmática-jurídico penal. É comum associá-lo ao brocardo latino *minima non curat praetor*, como derivação do direito romano³⁰, referindo-se ao pretor que não se ocupa de causas mínimas, embora não haja qualquer confirmação concreta. Conforme salienta Ivan Luiz da Silva, “é quase pacífico, doutrinariamente, que o princípio da insignificância promana do brocardo latino *mínima non curat praetor*, todavia, no que tange à origem dessa máxima há controvérsia sobre sua existência no direito romano antigo”³¹.

Guzmán Dalbora, ao estudar as fontes romanas, revela que o brocardo dedicado ao princípio da insignificância não é citado nas principais obras dos glosadores, tanto na *Summa Codicis* de Azo quanto na *Glosa Magna* de Acursio. O autor adverte que a ideia do pretor (juiz) não se preocupar com condutas irrelevantes corresponde às ideias de origem liberal. Assim, Guzmán aponta o pensamento humanista jurídico como o mais provável precursor do brocardo. Para o professor chileno, “parécenos, en efecto, que el adagio *minima non curat praetor* tiene que haber surgido con mucha mayor probabilidad entre los humanistas.”³².

De outro modo, Maurício Lopes compreende que o princípio da insignificância tem origem no iluminismo, como evolução e desdobramento do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine iuria*), o que era desconhecido pelos romanos³³. Não obstante a divergência quanto a origem do brocardo *minima non curat praetor*, é evidente a importância deste brocardo na definição do princípio da insignificância na história do direito penal e a sua influência na política criminal.

No Brasil, o Código Criminal Imperial também recebeu influências do brocardo afastando o emprego do poder punitivo em situações de baixa relevância social. Ao realizar uma análise

³⁰ Nesse sentido, ACKEL FILHO, Diomar. **Princípio da insignificância no direito penal**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo, São Paulo, v. 94, abril/junho 1988, p. 73.

³¹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 88.

³² DALBORA, José Luiz Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, ano 4, n. 14, p. 61.

³³ LOPES, Maurício Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95 (juizados especiais criminais)**. São Paulo: RT, 1997, pp. 37-38.

da punição do crime tentado disposto no artigo 2º do Código, repetido no artigo 16 do Código de 1890, Tobias Barreto justifica que:

[...] taes crimes, por si sós, bem pouco significam, desde que tão pequenino e quasi nullo é o reactivo penal, que se lhes applica. A punição da sua tentativa seria pois cahir n'uma feia inconseqüência prática, por excessivo rigor theoretico.³⁴

No mesmo passo, Bento de Faria afirma que:

[...] quanto aos crimes leves, aconselha a política criminal que não se puna a sua tentativa, porque a multiplicação das penas embaraçaria muitíssimas vezes a acção da justiça, e seria impolitico punir a tentativa que, ainda menos que o crime commsumado, só de modo insignificante perturbasse a ordem social.³⁵

Em que pese as influências do brocardo no Código Imperial, foi só a partir de 1964, por intermédio dos ensinamentos de Claus Roxin, que o princípio da insignificância adquiriu tratamento sistêmico. Em sua obra intitulada de “*Política criminal e sistema jurídico-penal*”, o autor alemão dedicou-se a criticar a teoria finalista e projetou o que chamou de “novas tendências do direito penal”. Aliado a adequação social da conduta de Welzel, Roxin introduziu o princípio da insignificância dentro dessas tendências fixando-o como o preceito que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos. Nas lições do autor:

[...] a que pertence igualmente chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano de ações de bagatela da maioria dos tipos: mal-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão a pretensão de respeito social será criminalmente injuriosos. Por violência não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser sensível, para adentrar no marco da criminalidade.³⁶

Como se pode observar nas lições previamente apontadas, a dificuldade em definir a origem do brocardo perdura (e, certamente, perdurará) ao longo do tempo. Não bastasse o dilema da sua gênese, a doutrina ainda encontra dificuldades em estabelecer com precisão o seu conceito.

³⁴ BARRETO, Tobias. Comentário teórico e crítico ao código criminal brasileiro. In: **Estudos de Direito Penal, coleção História do Pensamento Brasileiro**. Brasília: Editora do Senado, 2004, pp. 158-159.

³⁵ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações teórico-práticas ao código penal do Brasil**. vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919, p. 61.

³⁶ ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47.

O próprio Roxin não nos oferece um conceito para aquilo que chamou de princípio da insignificância limitando-se apenas a exemplificá-lo conforme registrado anteriormente. Da mesma forma, em seu manual, deixa de conceituar o princípio da insignificância ilustrando-o apenas com alguns exemplos: “o pequeno presente não põe em risco a confiança na integridade do funcionário público, (...) as apostas mínimas no jogo não dando lugar a uma exploração da população (...)”³⁷.

De modo diverso, Maurício Antônio Ribeiro Lopes pontua que o princípio da insignificância “é de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana”³⁸. Para Zaffaroni e Batista, pode-se definir o princípio da insignificância como aquele “segundo o qual as afetações diminutas do bem jurídico não constitui lesão relevante para fins de tipicidade objetiva”³⁹.

Ainda nesse ponto, Zaffaroni e Batista destacam que a descriminalização de condutas irrelevantes é uma manifestação do “princípio republicano, do qual dimana o princípio da proporcionalidade como requisito de correspondência racional entre a lesão ao bem jurídico e a pena”⁴⁰. Ressaltam, ainda, que trata-se de “uma teoria do direito penal que o programe para limitar e reduzir o poder punitivo até o limite do poder das agências jurídicas”⁴¹. Assim, o conceito do princípio da insignificância deve estar alicerçado na segurança jurídica das agências

³⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General, tomo I**. trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones, 2003, pp. 296-297.

³⁸ LOPES, Maurício Ribeiro, “Princípio”. In: MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 49. Dentre outros autores, Dimoar Ackel Filho descreve que o “princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar atipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovidos de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevante. A tais ações, falta o juízo de censura penal.” (ACKEL, FILHO, Diomar. “Princípio da insignificância do direito penal”. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo**, São Paulo, v. 94, abril/junho 1988, pp. 72-77). De acordo o argentino Enrique García Vitor, “é necessário excluir, desde o início, as exigências mínimas ao bem jurídico protegido por determinados tipos penais (por exemplo, delito de lesão ou de tensões e legais), quando estes forem materialmente insignificante.” (VITOR, Enrique Ulises García. **La insignificancia en el derecho penal: los delitos de bagatela**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 37). Nos termos de Guzmán Dalbora, é irrelevante a lesão que “pode equiparar-se não quantitativa, mas qualitativamente, à ausência de toda lesão, segundo um juízo de que semelhante situação merece, os olhos do direito e suas exigências de valor, no sentido de que existindo ofensa ela, desde o prisma da norma de cultura, ostenta idêntico valor que a ausência de toda lesão, ou seja, nenhum.” (DALBORA, José Luiz Guzmán. *La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, ano 4, n. 14, p. 77.) Da leitura dos conceitos atribuídos por estes autores ao princípio da insignificância, é possível perceber que em todos eles existe uma espécie de “pedra angular” para a definição do que é insignificante, isto é: reduzida afetação do bem jurídico e a ausência de conflitividade social dessas condutas.

³⁹ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro. Tomo II, I. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 229.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 110.

judiciais e na redução do exercício do poder punitivo irracional buscando-se, ao mesmo tempo, a diminuição da seletividade da criminalização secundária⁴². Nas palavras de Zaffaroni, “significa unicamente que a agência judicial cumpre o mandato – ou deve cumpri-lo, como imperativo jus-humanista e constitucional – de limitar racionalmente a arbitrariedade seletiva do sistema penal.”⁴³.

Ademais, a insignificância, comumente associada a um princípio orientador do direito penal e cuja expressão (princípio da insignificância) já foi incorporada ao vocabulário jurídico da doutrina e dos tribunais brasileiros, atua na dogmática penal como um método de interpretação restritiva e “esta interpretação restritiva consiste em exigir para caracterização do tipo penal a ocorrência de uma afetação relevante do bem jurídico, excluindo do âmbito de incidência da norma penal aquelas condutas às quais falta esta lesividade mínima”⁴⁴. Como Carlos Vico Mañas descreve,

o princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição política-criminal da necessidade da descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.⁴⁵

⁴² Na definição de Zaffaroni, criminalização primária “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” e a criminalização secundária “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente” (ZAFFARONI, E. Raul. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. vol. 1. 8ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 43.)

⁴³ ZAFFARONI, E. Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 257.

⁴⁴ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 106.

⁴⁵ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81. No mesmo sentido, Roxin alega que, nos casos de lesão insignificantes, “a solução correta se produz em cada caso, mediante uma interpretação restritiva orientada ao bem jurídico protegido” (ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte Geral, tomo I**. trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madri, Espanha: Civitas Ediciones, 2003, p. 297). Vico Mañas compreende a insignificância como um “instrumento de interpretação restritiva do tipo penal” (MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56). Cássio Vinicius Prestes também confere ao princípio da insignificância um caráter de “instrumento de interpretação restritiva” (PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 40). O argentino Enrique García Vitor também declara que “o princípio da insignificância representa um critério de índole interpretativo, restritivo da tipicidade da conduta, partindo da consideração do bem jurídico – conceitualizado sobre as bases dos princípios da lesividade social e fragmentariedade – e na medida de sua lesão perigo concreto” (VITOR, Henrique Ulises García. **La insignificancia em el derecho penal: los delitos de bagatela**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 40).

Em síntese, na esteira do que se propõe o presente trabalho e a fim de garantir a racionalidade, a segurança jurídica e o distanciamento do arbítrio e do subjetivismo na aplicação do princípio da insignificância, Rafael Fagundes Pinto adverte que:

esse princípio não deve ser visto como um meio para atingir-se outros fins de política criminal, como o combate da ‘verdadeira criminalidade’ ou o ‘desafogamento do judiciário’. A aplicação do princípio da insignificância é um fim em si mesmo, uma decorrência obrigatória da exigência de racionalidade das decisões judiciais que advém do princípio republicano e do Estado Democrático de Direito. (...) é possível conceituar o princípio da insignificância como o mecanismo de interpretação restritiva dos tipos penais de que dispõe as agências judiciais, para corrigir a irracionalidade inerente ao processo de criminalização primária e reduzir a violência da criminalização secundária, mitigando a irracionalidade do poder punitivo, por meio da exclusão da tipicidade de condutas que, muito embora sejam adequadas ao *pragma típico*, não afetam de forma sensível o bem jurídico. Ou seja, nas quais falta a alteridade em razão da existência de um conflito juridicamente relevante, o que torna absolutamente desproporcional a imposição da pena.⁴⁶

2.2. Fundamentos

2.2.1. Princípio da igualdade (isonomia)

O princípio da igualdade está consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A ideia de igualdade sempre ficou restrita ao plano formal. Aliás, a própria literalidade do artigo 5º, *caput*, da Carta Magna, ao descrever que todos são iguais perante a lei, nos remete à ideia de que o princípio da igualdade garante o tratamento igualitário de acordo com a lei para os cidadãos.

Deste modo, todo indivíduo que praticar determinadas condutas tipificadas pela lei penal incorrerão na mesma sanção por ela estabelecida. Em outros termos, sob esta visão, a lei penal respeita apenas a igualdade formal na medida em que prevê penas idênticas para condutas abstratamente idênticas. Sob esta perspectiva, ressalta-se que a formulação da igualdade formal é estruturada pelo próprio legislador durante o processo de criminalização primária.

No entanto, quando se refere ao direito penal, o princípio da igualdade, analisado sob a ótica do plano abstrato, não considera os aspectos singulares de cada caso concreto e, sobretudo, cada indivíduo que será selecionado pelo processo de criminalização secundária. A propósito, é importante ponderar que durante as etapas de criação de uma lei penal incriminadora o

⁴⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 90.

legislador atribui ao seu projeto aspectos econômicos, sociológicos, históricos, antropológicos, entre outros, que, na maioria das vezes, estão sujeitos a ambiguidades, incoerências e equívocos. Logo, é ilusório cogitar que o tipo penal compreenda todas as circunstâncias fáticas, pois ainda que o legislador “operasse como um sofisticado computador, a dinâmica histórica sempre o surpreenderia com novas situações e novos confrontos.”⁴⁷.

Por estas razões, o princípio da igualdade deve ser visto sob o viés da isonomia (igualdade material) a fim de reparar os defeitos apresentados pela abstração do processo de criminalização primária e reduzir a irracionalidade do sistema penal. Como enfatizado por Rafael Fagundes:

É nesse sentido que a igualdade atua como um dos fundamentos para o princípio da insignificância, pois é perfeitamente possível que a sanção criminal cominada ao caso concreto, ainda que aplicada em seu grau mínimo, revele-se excessiva em face da insignificância do fato, manifestada pela ausência de conflitividade decorrente da ausência de lesão ao bem jurídico e da irrisória relevância social da conduta do agente.⁴⁸

A igualdade material, portanto, conduziria a distinção dos casos concretos que, embora recebam o mesmo tratamento legal, não são efetivamente idênticos. Ademais, ainda que se adequem abstratamente ao mesmo tipo penal, é manifestamente injusta a imposição da mesma sanção a situações completamente distintas.

2.2.2. Princípio da proporcionalidade

É importante apontar, antes de tudo, que a concepção primária de proporção da pena conforme a intensidade do delito pode ser atribuída à Cesare Beccaria, pioneiro da humanização do direito penal e defensor da ideia da mínima intervenção do estado na liberdade do indivíduo. Segundo o contratualista e Marquês de Beccaria, “os meios de que utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente”⁴⁹.

⁴⁷ ZAFFARONI, E. Raul, Batista, Nilo, Alagia, Alejandro e Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 133.

⁴⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 44.

⁴⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 68.

Este princípio é recepcionado, ainda que implicitamente, em diversos dispositivos da Constituição Federal brasileira, como: a exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), a proibição de penas de morte, de caráter perpétuo de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII) e a admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV). Logo, exige-se prudência ao examinar as infrações de menor potencial ofensivo.

Zaffaroni defende o fundamento do princípio da proporcionalidade expondo que:

há um princípio de racionalidade que deriva da Constituição ou do princípio republicano, que exige certa vinculação quantitativa entre o delito e sua consequência jurídica, mas este princípio vincula-se intimamente também com o princípio da humanidade, que se deduz da proibição da pena de morte, perpétua, de banimento, trabalhos forçados e penais cruéis (art. 5., XLVII as CF)⁵⁰.

Nesse seguimento, o processo de criminalização primária deve ser norteado pelo princípio da proporcionalidade, o que impõe aos agentes legislativos o dever de proceder a uma valorização diversificada das condutas lesivas ou perigosas. Ou melhor, a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade. Com isso, não se pode conceber a ideia de que uma lesão leve pode (ou deve) ser tratada da mesma forma que uma lesão grave. Por isso, tanto na fase legislativa quanto judicial, o princípio da proporcionalidade deve ser invocado como forma de limitar a pena. Nas lições de Cezar Roberto Bitencourt:

O campo de abrangência, e por que não dizer de influência do princípio da proporcionalidade, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam direito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge inclusive o exercício imoderado de poder, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, o que é função privativa do parlamento.⁵¹.

Além disso, é importante sublinhar que a análise do princípio da proporcionalidade também se estende à teoria do delito. É o que ocorre, por exemplo, na aplicação de pena aos delitos cometidos na modalidade tentada. O legislador, utilizando-se de um critério de proporcionalidade, atribuiu ao crime tentado pena menor do que a do crime consumado. Da

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. vol. I. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado direito penal: parte geral 1**. 20ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

mesma forma, leis penais que punem atos preparatórios não podem aplicar sanções mais grave do que a punição da tentativa.

Zaffaroni e Batista, por sua vez, discorrem que o princípio da proporcionalidade é o principal fundamento do princípio da insignificância e a não aplicação deste princípio revelaria uma irracionalidade tão manifesta como indignante:

A criminalização alcança o limite de irracionalidade intolerável quando o conflito sobre cuja base opera é de lesividade ínfima, ou quando, não o sendo, a afetação de direitos nele envolvida é grosseiramente desproporcional a magnitude de lesividade do conflito.⁵²

Embora a atividade legiferante deva estar regulada pelo princípio da proporcionalidade durante o processo de criminalização primária, ainda se discute se este princípio diz respeito a um dado empírico, derivado da aplicação de critério de probabilidade, ou se emana de um juízo de valor. A fim de dirimir essa dúvida, Juarez Tavares esclarece que:

Na verdade, a proporcionalidade está associada, fundamentalmente, à relação entre conduta e lesão ou perigo de lesão de bem jurídico. Desse modo, embora a proporcionalidade tenha assento na avaliação de um dado empírico conforme o critério da probabilidade, seu enunciado não se encontra encerrado em uma fórmula matemática, nem em um juízo exclusivo de probabilidade. Uma lesão grave, por exemplo, pode ser avaliada consoante o critério da probabilidade de morte, mas pode também resultar da intensidade da própria ofensa a integridade corporal ou do modo como ela se produziu. O Código Penal equipara, para fim de caracterizar o fato como lesão grave, tanto a probabilidade de morte quanto a debilidade de membro, sentido ou função (art. 129, §1º, II e III), e trata como de maior gravidade um dano estético permanente (art. 129, §2º, IVI). Vê-se, então, que a proporcionalidade está sempre associada ao juízo de valor da própria ordem jurídica, mesclando elementos quantitativos com elementos qualitativos.⁵³

Por fim, deve-se frisar que a criminalização desproporcional ao dano ou perigo produzido pela conduta está eivada de inconstitucionalidade. Consoante os ensinamentos de Luiz Régis Prado:

Em termos constitucionais, a desproporcionalidade – entre um bem jurídico e espécie/medida da pena – encontra seu veto nos preceitos que amparam a justiça e a igualdade em sentido substancial, a partir do momento em que uma sanção desproporcionada seria uma evidente injustiça comparativa, contrária a ambos os princípios.⁵⁴

⁵² ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 230.

⁵³ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 80.

⁵⁴ PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2ª ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 101.

No mesmo passo, Cezar Roberto Bitencourt arremata afirmando que:

Na verdade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do ‘poder de fazer leis *ad hocs*’, revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o vício de inconstitucionalidade.⁵⁵.

2.2.3. Princípio da lesividade

O princípio da lesividade, constante no artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, preceitua que apenas o ato que representa uma lesão ou ameaça a um direito subjetivo estará sujeito à apreciação do poder judiciário. Desde a formulação de Feuerbach, em 1801, a ideia de lesão de direito subjetivo justificava o direito de punir. Em virtude do próprio desenvolvimento social, Birnbaum promove uma releitura na dogmática penal e propõe a substituição daquilo que era denominado de lesão de direito subjetivo pela lesão de bem jurídico.

Este princípio, que é umas das derivações do princípio da legalidade sob a máxima “*nullum crimen, nulla poena sine iuria*”, busca conter o poder punitivo estatal sujeitando a incriminação de qualquer conduta à constatação de sua ofensividade cuja comprovação se dá pela verificação da lesão por dano ou perigo (levando-se em conta o grau de perigo) ao bem jurídico.

De acordo com o professor Nilo Batista, o princípio da lesividade, além de cumprir as funções de “proibir a incriminação de uma atitude interna”, “proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor”, “proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais” e “proibir a incriminação de condutas desviadas e não afeta em qualquer bem jurídico”, insere também a ideia de alteridade no direito penal como manifestação da presença do outro sujeito (a vítima)⁵⁶. Nas afirmações de Zafarroni e Batista, “o bem jurídico

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado direito penal: parte geral 1**. 20ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

⁵⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 89. Para Cezar Bitencourt, o princípio da lesividade exerce dupla função: “a) função político-criminal - esta função tem caráter preventivo-informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; b) função interpretativa ou dogmática - esta finalidade manifesta-se a posteriori, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o direito penal, no momento em que se deve aplicar, in concreto, a norma penal elaborada.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado direito penal: parte geral 1**. 20ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 62). No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes sublinha que “é uma função que pretende ter natureza ‘material’ e que significa constatar ex post factum (depois

lesionado ou exposto a perigo representa o outro no conflito jurídico-penal, constitui o seu signo no recorte típico⁵⁷. Assim, o conceito de bem jurídico consubstancia essa alteridade na dogmática penal. O bem jurídico, portanto, fundamenta e delimita os contornos do princípio da lesividade⁵⁸.

Nesse mesmo sentido, Juarez Tavares leciona com brilhantismo expondo que:

Uma vez que o bem jurídico constitui o pressuposto de qualquer incriminação, pode-se dizer que o princípio da lesividade se transmudou em verdadeira regra de atendimento obrigatório. O princípio da ofensividade está vinculado diretamente ao princípio da danosidade, como expressão do que se convencionou chamar de merecimento de pena. De acordo com essa danosidade tem-se que a punição de uma conduta lesiva ou perigosa ao bem jurídico só deve ser levada a efeito, no direito penal, quando não fica reduzida ao confronto entre autor e vítima, mas importar a todas as pessoas, indistintamente. Uma vez, então, que se exija a exteriorização da conduta lesiva ou perigosa, será possível determinar a diferenciação entre direito e moral.⁵⁹

No mais, o princípio da lesividade põe limites a criminalização de conduta que resulte numa suposta lesão ao bem jurídico ou, ainda, uma lesão genérica, presumida ou especulativa ao bem jurídico tutelado. Como relata Juarez Tavares:

Por efeito do princípio da lesividade, não se pode admitir uma criminalização de conduta que não tenha um mínimo de substrato empírico, o que fundamenta a atipicidade de lesões insignificantes do bem jurídico. Tampouco se pode acolher uma forma de criminalização por simples comportamento ou violação de um dever geral, com a qual se delimitam as incursões legislativa na criminalização de delito de perigo abstrato ou de delitos omissivos sem a correspondência da omissão à produção do resultado por ação.⁶⁰

À vista disso, deve-se concluir que só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Por fim, cabe consignar que o crime exige, sempre, o desvalor da ação (a realização

do cometimento do fato) a concreta a presença de uma lesão ou de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido”. (GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99).

⁵⁷ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 228. Em outras oportunidades, Eugenio Raúl Zaffaroni compreende que o bem jurídico é “conceito indispensável para tornar efetivo o princípio da insignificância”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 486).

⁵⁸ Remetemos o leitor para o item 1.2 (Bem jurídico no tráfico de drogas) para complementar o debate.

⁵⁹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 73.

⁶⁰ *Ibidem*.

de uma conduta) e o desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime)⁶¹.

2.3.4. Princípio da intervenção mínima

Proveniente das revoluções burguesas, tal qual o princípio da reserva legal, o princípio da intervenção mínima tem por essência a limitação do poder punitivo absolutista. Assim, apesar do processo de criminalização primária respeitar, em tese, a reserva legal, a intervenção mínima também busca impedir a criminalização de fatos insignificantes. Desse modo, tendo em vista que o instrumento utilizado pelo poder punitivo é a aplicação da pena, sanção mais grave que o estado pode impor ao cidadão, o uso deste meio repressivo de controle social só deve ser tolerado, em casos extremos, quando todos os demais ramos do direito - com todas as suas formas de resoluções de conflitos - fracassarem.

Além das especificidades já apresentadas, é possível ter em conta que o dito princípio pode atuar tanto no processo de criminalização primária quanto no de criminalização secundária. Como explica o professor Nilo Batista,

O princípio da intervenção mínima não está expressamente escrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático⁶².

No primeiro, cabe ao agente legislativo, antes da elaboração da lei penal, observar se existem no ordenamento jurídico instrumentos aptos a solução do conflito designando ao direito penal a *ultima ratio* (através da sanção penal), ou seja, restritiva apenas às afetações mais importantes dos bens jurídicos mais sensíveis. Já no segundo, ao analisar o caso concreto, o aplicador da norma deve avaliar que a incidência da lei penal somente se justifica em lesões de certa intensidade de elevado dano social. Nesse seguimento, Luiz Luisi, leciona que “se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta.

⁶¹ Uma vez reconhecido este princípio, parcela da doutrina questiona a constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato (ou presumido), casos em que da conduta o legislador presume, de forma absoluta, o perigo para o bem jurídico. Esta discussão será abordada com mais atenção no Capítulo 3 do presente trabalho.

⁶² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 83.

Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima”⁶³. Reinhart Maurach, por sua vez, acentua que:

assim como tradicionalmente somente se protegem os bens jurídicos contra certas formas de ataque, deveria ser natural que, quanto a esses bens jurídicos que são basicamente merecedores de proteção, a atuação do direito penal começa apenas a partir de uma determinada intensidade de dano ao bem⁶⁴.

Na mesma orientação, ao reforçar que o princípio da intervenção mínima serve como fundamento para o princípio da insignificância, Rafael Fagundes alega que:

Apesar de estar mais frequentemente associado ao processo de criminalização primária, atuando na vedação da criação de tipos desnecessários, nada impede que o princípio da intervenção mínima atue no momento da criminalização secundária, fazendo valer seus preceitos diante de casos concretos. Afinal, se apenas as formas mais graves de afetação do bem jurídico devem ser criminalizadas, resulta como uma decorrência lógica desta assertiva que, mesmo nestes casos, a incidência da lei penal somente se justifica em lesões de certa intensidade.⁶⁵

Não obstante o princípio da intervenção mínima prescreva que o direito penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, há que se considerar ainda que a expansão do direito penal e o surgimento da criminalidade moderna tem ofuscado a orientação a respeito da limitação do arbítrio do legislador e do poder punitivo estatal propiciando a criação de leis penais incriminadoras fundadas em meras desobediências à norma ou meras condutas⁶⁶. Nesse sentido, Juarez Tavares esclarece que “a intervenção mínima, por outro lado, deve orientar o legislador a não criminalizar condutas de perigo abstrato, nas quais não se pode, concretamente, dimensionar a alteração da realidade empírica.”⁶⁷. Em outros termos, ao abordar os aspectos da moderna criminalidade, Winfried Hassemer retrata que:

nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado para dar lugar a um direito penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na

⁶³ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. rev. e amp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 39.

⁶⁴ MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona: Editora Ariel, 1962, p. 218.

⁶⁵ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 70.

⁶⁶ Nas palavras de Luiz Luisi, embora o princípio da intervenção mínima tenha sido consagrado pelo Iluminismo, desde a revolução francesa, “a verdade é que, a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, a ponto de alarmar os finalistas dos mais diferentes parâmetros culturais” (LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. rev. e amp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 27).

⁶⁷ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 76.

solução social de conflitos: a resposta surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como uma primeira, senão a única saída para controlar os problemas.⁶⁸.

Enfim, tendo em vista o tendencioso direito penal funcional dos últimos tempos, o princípio da intervenção mínima torna-se cada vez mais necessário para orientar e limitar o poder incriminador do Estado, inibir a inflação de leis penais incriminadoras e o arbítrio judicial evitando-se, assim, um direito penal de *prima ratio*, sobretudo quando se trata da incriminação de condutas com reduzida afetação do bem jurídico-penal ou ausência de conflitividade social dessas condutas.

2.4. Tipicidade material

Quanto ao posicionamento da insignificância na teoria do delito a doutrina não é uníssona. Há quem diga que as lesões insignificantes excluem a antijuridicidade pois “a insignificância no tipo indiciário se manifesta, como visto, de regra na antijuridicidade material, pois é esta que contém o bem jurídico e exige a sua lesão acima de tudo que seja significativa, sem o que não se poderá conceber a existência de crime”⁶⁹.

Para outros, a insignificância seria uma causa de dispensa de pena. Dentre eles, Luiz Flávio Gomes infere que “o princípio da irrelevância penal do fato é causa de dispensa da pena (em razão de sua desnecessidade no caso concreto)”⁷⁰. Ainda segundo Gomes, a dispensa se justificaria uma vez que a conduta do agente, “neste caso, não chega a afetar o aspecto preventivo geral”⁷¹.

Em que pese as críticas às posições adotadas (que não serão esmiuçadas neste trabalho para não prolongarmos a discussão), fato é que, em relação a excludente de ilicitude, como bem alerta Rafael Fagundes:

o principal termômetro da (in)significância de uma conduta é sua lesividade, ou seja, o grau de afetação do bem jurídico. Em última análise, essa é uma avaliação

⁶⁸ HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

⁶⁹ PEREIRA, Carlos Frederico. O conceito de bem jurídico e o princípio da insignificância. **Revista do Ministério Público Militar**. Brasília: MPM, ano 10, n. 13, 1991, p. 50.

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. **Boletim do IBCCRIM**, n. 102, 2001, p. 02.

⁷¹ *Ibidem*. p. 03.

pertencente à tipicidade, não à antijuridicidade. Aqueles que incluem a insignificância como elemento da antijuridicidade o fazem com base no conceito de antijuridicidade material, uma categoria perigosa e pouco estruturada, incompatível com os ditames de um Estado Democrático de Direito. Além disso, entender a insignificância como causa de exclusão da antijuridicidade significaria também reconhecer que a lesão insignificante é, *a priori*, típica, o que não parece razoável⁷².

No que diz respeito aos riscos de atribuir a insignificância como causa de dispensa da pena, Fagundes aponta que (dentre outras críticas):

esta concepção atribui à pena uma função positiva que é completamente ilusória e, ao mesmo tempo, concede à insignificância um papel legitimante que é completamente incompatível com uma teoria negativa da pena e com a redução da irracionalidade do poder punitivo. Mais ainda, este juízo de (des)necessidade da pena demandaria uma valoração subjetiva do magistrado a respeito de sua imprescindibilidade ou não em cada caso, diante da situação pessoal de cada agente. (...) Ademais, considerar a insignificância como causa de dispensa de pena significaria reconhecer que a conduta praticada pelo agente não só é típica como também antijurídica e culpável.⁷³

Por estas razões, em virtude da lesividade ser o principal parâmetro da (in)significância (avaliando a efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal), o melhor posicionamento para a insignificância na teoria do delito é no âmbito da tipicidade.

Nesse sentido, na construção de sua teoria do delito, Beling compreendia que o tipo constitui um elemento neutro, descritivo e objetivo do delito. Ao explicar esse antigo conceito de tipicidade, Juarez Cirino dos Santos expõe que, por estar “fundado no modelo causal da filosofia naturalista do século XIX, é objetivo e livre de valor”⁷⁴, o que significa que à tipicidade somente interessam os dados objetivos da conduta descrita na lei penal e que o exame da subjetividade, no entanto, estaria restrito à culpabilidade.

Com a evolução do conceito de tipo⁷⁵, foram reconhecidos no tipo os elementos subjetivos e normativos e procedeu-se, então, a diferenciação entre antinormatividade e antijuridicidade. Nesse passo, a partir da segunda metade do século XX e do fim da Segunda Guerra Mundial, as ideias naturalísticas do positivismo jurídico, que fundamentavam o causalismo penal e o normativismo do neokantismo, aos poucos são abandonadas e dão lugar a ascensão da teoria finalista da ação de Welzel. Assim, compreende-se que a conduta humana

⁷² PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 121.

⁷³ *Ibidem*. p. 127.

⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 104.

⁷⁵ Estão incluídas aqui as fases da independência, da *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, da *ratio essendi* da antijuridicidade, defensiva e do finalismo (tipicidade complexa).

está direcionada à realização de um fim. Logo, “o tipo seria assim a descrição legal da conduta proibida”⁷⁶, abrangendo as condições objetivas e subjetivas de punibilidade e, principalmente, o exame do dolo ou culpa do autor, até então relegados à categoria da culpabilidade.

Sem embargo, a teoria finalista, adotada pelo Código Penal Brasileiro desde a reforma de 1984, ainda atribui um caráter puramente abstrato da tipicidade e deixa o tipo penal exposto ao fracasso ao regular situações concretas. Diante desse cenário, Rafaela Fagundes expõe que:

surge, então, a necessidade de instrumentos que corrijam sua aplicação concreta, excluindo do âmbito de aplicação do poder punitivo condutas que, ainda que formalmente típicas (preenchem o pragma típico), não são, nem devem ser, alvo da legislação penal. É nesse contexto que se mostra relevante o conceito de tipicidade material. Para que determinada conduta seja considerada típica, não é suficiente a simples subsunção formal do fato à norma (tipo). É preciso averiguar também se este fato realmente ameaçou ou lesionou o bem jurídico afetado pela ação incriminada, isto é, se a conduta selecionada efetivamente possui o grau de desvalor necessário a justificar a intervenção drástica da pena e permitir o exercício do poder punitivo.⁷⁷

No mesmo passo, Francisco de Assis Toledo leciona que:

Na construção originária de Beling (1906), o tipo tinha um significado puramente formal, meramente seletivo, não implicando, ainda, um juízo de valor sobre o comportamento que apresentasse suas características. Modernamente, porém, procura-se atribuir ao tipo, além desse sentido formal, um sentido material. Assim, a conduta, para ser crime, precisa ser típica, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.⁷⁸

Ainda, conclui Fagundes dizendo que:

O conceito de tipicidade material impede, portanto, a aplicação da lei penal a fatos insignificantes. A necessária (e salutar) abstração do trabalho legislativo de criminalização primária não tem como impedir que condutas insignificantes possam se adequar formalmente à descrição típica do crime, ainda que tais ações não lesionem nenhum bem jurídico e não possuam nenhuma conflitividade ou sequer reprovabilidade social.⁷⁹

⁷⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 137.

⁷⁷ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 81.

⁷⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 118-119.

⁷⁹ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 82.

Enfim, o presente trabalho não poderia deixar de destacar a teoria da tipicidade conglobante desenvolvida por Zaffaroni e incorporada ao direito brasileiro por Nilo Batista⁸⁰. Ao nosso juízo, embora se reconheça a importância da tipicidade material na formulação e desenvolvimento histórico do princípio da insignificância, este princípio melhor se adequa ao paradigma do tipo conglobante.

Zaffaroni e Nilo Batista ensinam que a aplicação do conceito de tipicidade conglobante seria o recurso mais apto a solucionar a questão da lesão insignificante, quer dizer, o paradigma da tipicidade conglobante “enseja soluções para os problemas de lesividade e de imputação objetiva, refugindo a concessões preventivistas”⁸¹.

Em outros termos, depreende-se do sentido conglobante que a tipicidade exige não só a realização de um pragma típico como também a verificação de sua conflitividade. Sob esta lógica, a expressão pragma “é indicadora da conduta humana e de sua obra no mundo”⁸². Assim, o pragma típico é representado pela realização de uma conduta humana que se amolda ao que está prescrito no tipo penal e possa ser imputada como obra do agente. Já a conflitividade agrega à antinormatividade do pragma típico a exigência geral de alteridade, que consiste na verificação da lesividade e dominabilidade (pertencimento ao sujeito) da conduta.

Zaffaroni e Batista explicam que “a tipicidade conglobante cumpre sua função redutora constatando a existência de um conflito (conflitividade), o que implica uma lesividade objetivamente imputável a um agente (dominabilidade)”⁸³. Para os autores, não existe conflitividade “quando a ação não ofende ninguém, nem tampouco quando, mesmo existindo

⁸⁰ Segundo a construção teórica de Zaffaroni et al.: “(...) O alcance proibitivo dessa norma não é, contudo, aferido apenas a partir de sua consideração isolada, a partir de sua mera dedução lógico-formal: ela integra um universo de normas proibitivas ou preceptivas, vinculáveis a princípios, que instituem uma ordem normativa. O princípio republicano postula que as sentenças respeitem o princípio da coerência ou da não-contradição, e para isto devem elaborar o material legal - e as normas que dele são deduzidas - como um todo ordenado e coerente, onde outras normas penais ou de outros ramos do direito público - muito especialmente o constitucional - ou de direito privado são convocadas a participar da demarcação. Só a partir desse universo de normas será possível demarcar o alcance proibitivo da norma particular. Sem que previamente se proceda à dedução da norma (deonticamente ínsita no tipo legal) e sem sua conglobação à ordem normativa é sempre impossível determinar se a ação que faz parte do pragma típico afetou um bem jurídico, ou seja, se ele é ou não lesivo do bem jurídico.” (ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 213).

⁸¹ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 214.

⁸² *Ibidem*, p. 129.

⁸³ *Ibidem*, p. 212.

uma ofensa, não pode ela ser filiada a um sujeito como obra sua”⁸⁴. Por isso, a tipicidade conglobante opera na redução do âmbito de alcance do tipo penal, excluindo-o quando “não haja afetação do bem jurídico ou tal afetação seja insignificante”⁸⁵.

Ainda nesse ponto, ao explicar as lições de Zaffaroni, Juarez Tavares relata que o autor revela que o tipo possui duas funções básicas (função sistemática e função conglobante):

A função sistemática cumpriria o objetivo de assegurar o espaço de conflitividade, ou seja, descartar do tipo tudo que não disser respeito a um conflito entre a ação realizada as proibições ou determinações das normas penais. A função conglobante estaria destinada a verificar se aquele espaço de conflitividade foi efetivamente preenchido por uma conduta conflitiva. Para tanto será necessário demonstrar a existência de duas condições: a lesividade da conduta e sua imputação ao sujeito como “obra sua”. Excluem a lesividade a insignificância da lesão do bem jurídico, o cumprimento de um dever, o consentimento do ofendido e as ações fomentadas pelo direito.⁸⁶

Portanto, a despeito da doutrina majoritária adotar a solução de “considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade”⁸⁷, a teoria da tipicidade conglobante se apresenta como uma solução mais completa para orientar os casos de lesões insignificantes. Conforme o magistério de Zaffaroni e Batista, por inobservância dos requisitos da tipicidade conglobante, principalmente a conflitividade, as lesões insignificantes são objetivamente atípicas uma vez que não apresentam a lesividade necessária para que seja considerada como uma afetação relevante do bem jurídico.

⁸⁴ *Ibidem.* p. 212.

⁸⁵ *Ibidem.* p. 214.

⁸⁶ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 171.

⁸⁷ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53-54.

3. DECISÕES IRRACIONAIS E OS CRITÉRIOS QUE REFORÇAM À ESTIGMATIZAÇÃO DO AGENTE: UMA CRÍTICA PONDERÁVEL À DESERÇÃO DA TEORIA DO DELITO

Por um longo período as decisões judiciais que abordavam a (in)aplicabilidade do princípio da insignificância sempre careceram de um parâmetro bem definido para determinar se a conduta do agente era penalmente insignificante ou não.

Conforme exposição feita no Capítulo 2, embora lhe seja atribuído o *status* de princípio, “a insignificância atua na dogmática penal não como um princípio, mas como um mecanismo de interpretação restritiva dos tipos penais, corrigindo a irracionalidade e excessiva abrangência do processo de criminalização secundária”⁸⁸. Este caráter de instrumento de interpretação restritiva dado ao princípio da insignificância somado a ausência de um critério bem definido trouxe consequências desastrosas para o cotidiano forense: decisões arbitrárias e subjetivistas das agências judiciais quando da aplicação do princípio da insignificância no caso concreto - em que casos semelhantes recebem tratamento judicial absolutamente distinto -, insegurança jurídica e o agravamento na violência da criminalização secundária ampliando a irracionalidade do poder punitivo. Como ressaltam José Maria Panoeiro e Monique Cheker o resultado desta falta de balizas é “a abertura de um grande espaço interpretativo (muitas vezes sem racionalidade e/ou sistematicidade alguma) a cada julgador, que passa a buscar a ‘justiça do caso concreto’ ”⁸⁹.

No mesmo sentido, João Paulo Martinelli aponta que “os tribunais brasileiros reconhecem, para algumas situações, o princípio da insignificância, porém, não há fundamentação que possibilite adotar um critério uniforme de aplicação”⁹⁰. Ainda, Alexey Choi Carucho e Paulo Cesar Busato enfatizam que a aplicação da insignificância no direito brasileiro “surpreende pela sua absoluta imprevisibilidade e, não raras vezes, pela coexistência incompreensível de decisões díspares para casos análogos”⁹¹. Do mesmo modo, José Maria

⁸⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 106.

⁸⁹ PANOEIRO, José Maria e CHEKER, Monique. Incongruências significativas: o princípio da insignificância na jurisprudência brasileira. **Revista Ommes-ANPR**, n. 1, p. 14.

⁹⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Princípio da insignificância: proposta para uma nova política criminal racional. Temas de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 30.

⁹¹ CARUNCHO, Alexey Choi e BUSATO, Paulo Cesar. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. **Revista de Estudos Criminais**, n. 40, 2011, p. 27.

Panoeiro e Monique Cheker descrevem que os tribunais “têm feito incidir o princípio da insignificância com critérios um pouco subjetivos, ainda que declarem o contrário, ou seja, a existência de critérios objetivos”⁹².

Aliás, não podemos deixar de ressaltar que parte da discrepância nas decisões dos tribunais brasileiros e da ausência de critérios na aplicação da insignificância é resultado da deserção da teoria do delito que, na maioria das vezes, desvirtuam o conceito e os fundamentos que norteiam o princípio da insignificância.

Nesse contexto, a teoria do delito é fundamental no direcionamento das decisões proferidas pelas agências judiciais pois nela estão estabelecidas exigências para que determinada conduta possa ser considerada delituosa e, conseqüentemente, sujeita à imposição de uma pena. Logo, as agências judiciais devem se submeter a teoria do delito que, nas palavras de Zaffaroni, é a “parte do discurso jurídico-penal que explicita de forma orgânica o conjunto dos requisitos que a agência judicial deve exigir antes de decidir-se afirmativamente pelo prosseguimento do processo de criminalização”⁹³. Aliás, como lecionam Zaffaroni e Batista:

Enquanto sistema de filtros que facultam sucessivas interrogações acerca de uma resposta habilitadora de poder punitivo por parte das agências judiciais, a teoria do delito representa a mais importante concreção da função do direito penal em relação ao poder punitivo fundamentado em leis penais manifestas⁹⁴.

Em razão desse cenário e a fim de buscar “avanços” na definição de critérios que conduzam a aplicação do princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.412/SP, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, instituiu “vetores” para a “aferição do relevo material da tipicidade penal” em decisão ementada nos seguintes termos:

Ementa: princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Conseqüente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade. "Res furtiva" no valor de R\$ 25,00 (equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em

⁹² PANOEIRO, José Maria e CHEKER, Monique. Incongruências significativas: o princípio da insignificância na jurisprudência brasileira. **Revista Ommes-ANPR**, n. 1, p. 14.

⁹³ ZAFFARONI, E. Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 248.

⁹⁴ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 20.

vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do direito penal: "de minimis, non curat praetor". O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (STF, HC nº 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19.nov.2004, p. 37).

No mesmo sentido, após a “contribuição” do Supremo Tribunal Federal ao estabelecer os “requisitos” que devem ser aferidos para a caracterização da insignificância, o Projeto de Lei nº 6667/06⁹⁵, que tramita na Câmara dos Deputados, pretende positivizar o princípio da insignificância no ordenamento jurídico como causa excludente de tipicidade, cujo texto substitutivo (aprovado em 25 de junho de 2019) contém a seguinte redação:

Exclusão de tipicidade

Art. 22-A. Não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante. Parágrafo único. Para efeito de insignificância, devem ser cumulativamente observadas as seguintes condições:

- a) mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) ausência de periculosidade social da ação;
- c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e
- d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Apesar do elogiável esforço da Suprema Corte e dos legisladores em estabelecer critérios para a aplicação da insignificância, esses não são os parâmetros mais adequados para a aferição da irrelevância penal de determinada conduta pois “o que se observa na prática cotidiana dos tribunais é uma reprodução acrílica e mecânica dos critérios estabelecidos pela decisão paradigma, sem qualquer consideração a respeito da aplicabilidade destes parâmetros a cada

⁹⁵ Estão apensados ao projeto de lei o Projeto de Lei nº 908, de 2007, que visa caracterizar como atípica a conduta incapaz de ofender bem jurídico tutelado pela lei penal, inserindo o artigo 23-A do Código Penal, e o Projeto de Lei nº 9.369, de 2017, que “proíbe a incidência do princípio da insignificância na hipótese de reincidência específica”, acrescentando inciso ao artigo 64 do Código Penal.

caso”⁹⁶, em uma “verdadeira alienação de interpretação”⁹⁷. No mais, os critérios listados no acórdão possuem significados genéricos, vulneráveis às mais variadas interpretações, proporcionando imprevisibilidade e insegurança jurídica. Pior que tudo isso, é observar que existem outros critérios adotados, além dos estabelecidos pela Suprema Corte, como: a personalidade do agente, o modo de execução, entre outros, deixando ainda mais evidente o fracasso na tarefa de padronização e o arbítrio nas decisões judiciais.

3.1. A mínima ofensividade da conduta

Num primeiro momento, a leitura que se faz da expressão “a mínima ofensividade da conduta” nos conduz a uma melindrosa interpretação. Isso porque exprime a ideia de que a ofensa se refere à conduta, ou melhor, a conduta seria o objeto da própria ofensa. Ao revés, essa expressão dever ser compreendida no sentido de que a conduta é a ação do agente que ofende alguma coisa.

De outro modo, deveríamos responder se essa ofensividade seria medida apenas pela análise da ação praticada pelo agente - o que representaria o desvalor da ação -, ou se essa ofensividade seria medida pela lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico causada pela conduta do agente, sendo, ao mesmo tempo, sinônimo de lesividade e correspondendo a outro vetor elencando: “inexpressividade da lesão jurídica provocada”. Como ressalta o professor Tiago Joffily, “a ofensa a bem jurídico (alínea a) [a mínima ofensividade da conduta] e a lesão jurídica provocada por uma conduta (alínea c) [a inexpressividade da lesão jurídica provocada] são expressões tidas por sinônimas na doutrina”⁹⁸.

Para preservar este vetor nos termos da redação apresentada no acórdão, Alexey Caruncho e Paulo César Busato sugerem que a interpretação em relação a “ofensividade mínima” deve ser compreendida como “o afastamento do tipo de ação por carência da pretensão de ofensividade e, logo, da pretensão de relevância da ação como expressão de sentido material do

⁹⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 136.

⁹⁷ CARUNCHO, Alexey Choi e BUSATO, Paulo Cesar. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. **Revista de Estudos Criminais**, n. 40, 2011, p. 29.

⁹⁸ JOFFILY, Tiago. O Princípio da Lesividade na reforma penal. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, out./dez. 2012, p. 50.

tipo penal”⁹⁹. Todavia, como bem destacado por Rafael Fagundes, “essa expressão estaria sendo utilizada como sinônimo de lesividade. Ainda assim, permaneceria a redundância desse vetor com o critério da ‘inexpressividade da lesão jurídica’, o que tornaria esse parâmetro inútil”¹⁰⁰.

Portanto, para que essa expressão tenha alguma utilidade na aferição da insignificância, é mais prudente atribuir ao vetor o sentido de potencial afetação do bem jurídico, isto é, potencialidade lesiva, como parte integrante do desvalor da ação e que produza um resultado irrisório ou insignificante. Em outros termos, o que muda é o resultado, isto é, o quanto a conduta afeta o bem jurídico. A potencialidade lesiva não é passível de medição pois a conduta é, por si só, uma ação com a capacidade de produzir ofensas ao bem jurídico. Assim, só posso medir a ofensa ao bem jurídico no momento em que ela se materializa de alguma maneira. Ora, se eu digo que essa ação sequer é potencialmente lesiva, essa conduta não se ajusta a descrição típica. Logo, a conduta seria formalmente atípica e não haveria razão para analisar os demais vetores.

3.2. A nenhuma periculosidade social da ação

O maior desafio para considerar “a nenhuma periculosidade social da ação” como critério útil na aplicabilidade do princípio da insignificância é delimitar o conceito de periculosidade social da ação. Como salientam Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, o conceito de periculosidade constitui uma “anomalia jurídica”¹⁰¹.

Nesse sentido, cabe apontar que a noção de periculosidade tem por origem as ideias do positivismo criminológico, incorporado por Garofalo, para o qual “a pena não devia ser proporcional ao dano ocasionado, mas sim à periculosidade do sujeito”¹⁰². Para Garofalo, a pena é um instrumento de repressão e separação dos “perigosos das pessoas probas e piedosas”¹⁰³. A partir das concepções de Ferri, conforme explicado por Anitua, a pena passou a ser “uma repressão necessária para defender o organismo social, não contra decisões a-sociais,

⁹⁹ CARUNCHO, Alexey Choi e BUSATO, Paulo Cesar. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. **Revista de Estudos Criminais**, n. 40, 2011, p. 36.

¹⁰⁰ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 142.

¹⁰¹ CARVALHO, Amilton Bueno de, e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 45.

¹⁰² ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 314.

¹⁰³ *Ibidem*.

mas sim contra o estado perigoso de alguns indivíduos. O delito era simplesmente o sintoma, o fato que revela a personalidade perigosa”¹⁰⁴. Nessa perspectiva, Vera Maguli Batista conclui que o positivismo criminológico consistiu principalmente em uma “maneira de sentir o povo, sempre inferiorizado, patologizado, discriminado e, por fim, criminalizado”¹⁰⁵.

Assim, a partir do estereótipo reproduzido pelo positivismo criminológico (degeneração moral, *déficit* civilizatório, antissocial etc), as agências judiciais, regidas por presunções, avaliariam o sujeito não pelo ato que praticou, mas pela (suposta) periculosidade que tal ato revelaria. Nas palavras de Rafael Fagundes, “as agências judiciais ainda não dispõem de um ‘perigômetro’ e, portanto, não é tarefa sua exercer prognósticos sobre a periculosidade de um cidadão ou vaticinar sobre a conduta futura do acusado”¹⁰⁶. Ainda, avaliar o sujeito pelo que ele é e não pelo que ele fez significa ingressar na seara do direito penal do autor, o que se aproximaria da doutrina penal nazista. Zaffaroni explica que:

A ideia própria do positivismo, segundo a qual não pena o fato, mas o autor, desde muito antes, havia deslocado boa parte do interesse da doutrina para personalidade do delincente, em busca de critérios de periculosidade conforme as quais incluem uma pena a partir dos princípios da prevenção especial tudo guiado pela criminologia etiológica inclusive clínica da época. Na Alemanha, essa subjetivação positivista esteve representada pelo pensamento de Liszt e, por sua vez, os estudos e criminológicos deram lugar aos chamados os tipos criminológicos, próprios das várias classificações delinquentes comuns desde o fim do século 19. Por conseguinte, quando o nazismo chegou ao poder, a tendência a incorporar altura ao direito penal não era nova. Não obstante, produz-se uma variável, que se costuma expressar com a ideia de que sua incorporação deve ocorrer por via de um tipo de autor normativo e não criminológico. Embora no início não ficasse muito claro qual era a diferença, no curso das discussões dogmáticos desses anos, esta foi sendo esclarecida.¹⁰⁷

Ademais, o conceito de “periculosidade social da ação”, ainda que tenha alguma relação com o desvalor da ação, normalmente está associado às características inerentes ao direito penal do autor e, no sistema penal brasileiro, é analisado no momento da fixação da pena, do regime de cumprimento da pena, da espécie de sanção, entre outros. Portanto, é inadmissível utilizá-lo como critério para a aferição da insignificância.

¹⁰⁴ *Ibidem.* p. 311.

¹⁰⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 48.

¹⁰⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 146.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945**. trad. Rodrigo Murad do Prado. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 196.

3.3. O reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento

O terceiro critério apontado no acórdão não está apto a avaliar a insignificância penal de uma conduta pois o conceito de reprovabilidade possibilita uma valoração ética e moral do agente. Por se tratar de um juízo moral de cunho subjetivo, é incognoscível determinar o que seria reprovabilidade pois o que é ou não reprovável varia de acordo com as convicções de cada um. Mais que isso, o que se percebe na prática é “que nesse juízo de reprovação o julgador utiliza suas próprias concepções éticas e morais que, por via de consequência, tornam-se a moral oficial reconhecida pelo Estado”¹⁰⁸. Ainda nesse ponto, Zaffaroni explica que “é realmente difícil estabelecer o grau de reprovabilidade; definitivamente, este costuma resultar quase tão arbitrário quanto a perigosidade e outros similares”¹⁰⁹.

Ademais, indicar “o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” como critério de aferição da insignificância penal revela mais uma vez a deserção da teoria do delito pois atribui à “reprovabilidade”, elemento analisado na culpabilidade, a função de solucionar a questão da lesão ao bem jurídico, situada na tipicidade. Em outros termos, desfigura-se a sistemática da metodologia que instrumentaliza a teoria do delito, ou seja, “o caráter sequencial do sistema, a própria ordem estrutural do método analítico e do conceito, a lógica da anteposição e da subordinação, subvertendo, assim, todo o esforço garantístico da construção da teoria geral do delito, implicando na insegurança jurídica”¹¹⁰. Dessa forma, é “impróprio falar em reduzido grau de reprovabilidade no âmbito de uma análise que deve ter por base o bem jurídico como referencial único da tipicidade material”¹¹¹.

3.4. A inexpressividade da lesão jurídica provocada: um aparente obstáculo aos crimes de perigo abstrato e um óbice à insignificância no tráfico de drogas

Dentre os critérios elencados pelo Supremo Tribunal Federal, este é o vetor que possui o mínimo de coerência dogmática para avaliar insignificância penal de uma conduta, pois,

¹⁰⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 146.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, E. Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 260.

¹¹⁰ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. **Boletim do IBCCRIM**, ano 9, n. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

¹¹¹ PANOEIRO, José Maria e CHEKER, Monique. Incongruências significativas: o princípio da insignificância na jurisprudência brasileira. **Revista Ommes-ANP**, n. 1, p. 35.

aparentemente, está vinculado a um dos princípios que fundamentam a insignificância (lesividade) e se enquadra no requisito da alteridade.

Como explanado durante a construção do presente trabalho, restou claro que o bem jurídico constitui o pressuposto de qualquer incriminação. Só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Logo, o bem jurídico deve fundamentar e delimitar os contornos do princípio da lesividade. Com explica Tiago Joffily, a expressão “inexpressividade da lesão jurídica provocada” está relacionada à “efetiva afetação do bem jurídico, como resultado causal da prática da conduta potencialmente lesiva [como parte integrante do desvalor da ação], de outro”¹¹². Além disso, para a aplicabilidade do princípio da insignificância e, por consequência, afastar a tipicidade material da conduta, é fundamental também que ela “não chegue a afetar o bem jurídico, concretamente, de forma expressiva”¹¹³.

A inexpressividade da lesão jurídica provocada pelo agente é de fácil constatação quando, no caso concreto, envolve crimes materiais em que o resultado material que integra a descrição típica pode ser tanto de dano como de perigo concreto para o bem jurídico tutelado. Entretanto, parte da doutrina sustenta que, quando se trata de perigo abstrato, a lesividade da conduta, em tese, não pode ser comprovada pois o perigo seria presumido *juris et de jure*. Ou seja, o perigo não precisaria ser provado uma vez que seria suficiente a mera prática da ação que se pressupõe perigosa. É por esta razão que, de acordo com as agências judiciais, este vetor obstaculiza a aplicação do princípio da insignificância ao delito de tráfico de drogas, doutrinariamente considerado crime de perigo abstrato.

Portanto, o que prevalece no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça é o entendimento de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante.¹¹⁴

¹¹² JOFFILY, Tiago. O Princípio da Lesividade na reforma penal. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, out./dez. 2012, p. 50.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Nesse sentido, STJ, 6ª Turma, HC nº 195985, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgamento em 09 de junho de 2015. Existem julgados do Superior Tribunal de Justiça que não aplicam o princípio da insignificância para outros delitos apenas por serem considerados crimes de perigo abstrato. É o exemplo do crime tipificado no art. 183 da lei 9.472/1997 (rádio comunitária clandestina) para o qual é “inviável a aplicação do referido brocardo, haja vista tratar-se de crime de perigo abstrato, no qual o simples exercício da atividade explicitada no texto normativo é suficiente para configurar a lesão ao bem jurídico tutelado, sendo descabida a análise da potencialidade lesiva dos equipamentos utilizados para o funcionamento da rádio clandestina”. (STJ, HC 260.074-AgRg/BA, Rel. Ministro Jorge Mussi).

Para uma discussão maior do vetor “d”, é importante tecer breves comentários sobre o crime de perigo abstrato.

3.4.1. Apontamentos sobre o crime de perigo abstrato

A transformação da sociedade, a modernização dos meios de produção, as Revoluções Industriais, o surgimento de novos riscos etc., deram origem a um crescente volume de bens jurídicos e consolidaram a proliferação dos crimes de perigo abstrato.

Nesse contexto, sob o argumento de proteger os “novos” bens jurídicos, não basta reprimir os resultados, é fundamental evitar e conter as condutas. Para esse fim, o legislador utiliza o tipo de perigo abstrato como método para criminalizar determinadas condutas independentemente da produção de um resultado externo, ao contrário do que ocorre com os crimes de lesão ou de perigo concreto. Como sustenta Pierpaolo Bottini, “os crimes de perigo abstrato, por outro lado, prescindem da referência a fenômeno externos à atividade descrita como ilícita. Sob o aspecto formal, a mera prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal”¹¹⁵. Assim, são exemplos de crime de perigo abstrato: porte irregular de arma de fogo (art. 12 da lei 10.826/2003), crimes contra o meio ambiente, crime de tráfico de drogas (art. 33 da lei 11.343/2006), entre outros.

Nos delitos de perigo abstrato ocorre a punição ainda antes da efetiva lesão, isto é, a lesão seria apenas o marco para avaliar a intensidade de afetação do bem jurídico. Logo, o gestor do risco age antecipadamente a ocorrência da lesão e a norma penal atua como elemento de antecipação de tutela. No entanto, Tiago Joffily salienta que:

A antecipação da punição verificada nas hipóteses de afetação apenas perigosa do bem jurídico, contudo, não pode ser vista, desde logo, como manifestação de uma expansão ilegítima do poder punitivo. É que também o perigo constitui uma transformação do mundo exterior que atinge de forma relevante a esfera de existência de outras pessoas.¹¹⁶

¹¹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 112.

¹¹⁶ JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 230.

Dentre os diversos fatores responsáveis pelo recurso aos crimes de perigo abstrato, cabe destacar a proteção, cada vez mais intensa, de bens jurídicos coletivos, como no caso do tráfico de drogas, cujo bem jurídico (que consideramos como bem jurídico individual) é comumente associado à saúde pública. Nesse ponto, de acordo com Pierpaolo Bottini:

A concessão de *status* penal aos interesses difusos torna cada vez mais inadequada a compreensão do delito pela ótica autor-vítima, dada a dificuldade de limitar e caracterizar os sujeitos passivos da ação criminosa. A abstração dos últimos reduz o espaço dos delitos de resultado que exigem, em geral, um titular do bem ou do objeto atacado pelo comportamento ilícito, e dá lugar ao injusto de perigo abstrato¹¹⁷.

Na verdade, a incompreensão do delito pela ótica autor-vítima em razão da concessão de *status* penal aos interesses difusos é fruto da substituição da lesão de direito subjetivo pela lesão de bem jurídico. Essa inadequação fica ainda mais grave quando atribui ao bem jurídico um conteúdo incerto. Portanto, não se deve descartar uma análise do delito pela ótica autor-vítima, ainda que conceda *status* penal aos interesses difusos, pois “o bem jurídico lesionado ou exposto a perigo representa o outro no conflito jurídico-penal, constitui o seu signo no recorte típico”¹¹⁸.

Como fundamento para justificar a punição dos crimes de perigo abstrato, a doutrina tradicional está dividida em dois grandes grupos: *i*) a teoria da presunção do perigo em que há, por parte do legislador, uma presunção de que “da prática da conduta típica, decorreria sempre e necessariamente um resultado de perigo para o bem jurídico de modo que absolutamente inútil e inapropriado investigar as consequências concretas da ação em relação a este”¹¹⁹; e *ii*) a teoria da periculosidade geral ou periculosidade como motivo do legislador, diferentemente de uma presunção absoluta, em que “a afetação perigosa do bem jurídico seria tomada pelo legislador como motivo para a incriminação de condutas que, de forma geral, e segundo uma avaliação puramente estatística, costumam desencadear consequências penalmente indesejáveis”¹²⁰.

¹¹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 121.

¹¹⁸ ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 228. Em outras oportunidades, Eugenio Raúl Zaffaroni compreende que o bem jurídico é “conceito indispensável para tornar efetivo o princípio da insignificância”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 486).

¹¹⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 234.

¹²⁰ *Ibidem*.

Diante das ideias apresentadas pelas duas principais teorias, é possível perceber que ambas não esclarecem sobre as qualidades da conduta praticada pelo agente e, principalmente, acerca do resultado produzido pela ação nos delitos de perigo abstrato. Além disso, deve-se considerar que existem condutas que, de fato, são perigosas. Todavia, é importante ter em mente que, dentro destas condutas, há aquelas que não são capazes de criar perigo algum. Conforme ponderado por Tiago Joffily:

Isso significa que, mesmo diante de ações absolutamente inidôneas para afetar o bem jurídico, a punição estaria justificada, seja porque a presunção legislativa não admite questionamentos em contrário, seja porque a eventual falta de aptidão de uma conduta em concreto em nada alteraria o fato motivador da incriminação, qual seja, o de que, em geral, condutas dessa mesma categoria são aptas para afetar o bem jurídico. Com isso, o injusto penal, ao menos em algumas hipóteses de crimes de perigo abstrato, fica relegado a meras violações do comando legal, meras desobediências.¹²¹

Assim, o que se observa nas decisões que negam a aplicação do princípio da insignificância no tráfico de drogas é que a conduta do autor é criminalizada pela simples desobediência à norma - ainda que a conduta do agente não seja capaz de criar perigo ao bem jurídico tutelado -, o que afronta o princípio da lesividade. Aliás, de acordo com essa premissa, tratando-se de crime de tráfico de drogas, pouco importa a quantidade da substância apreendida, concedendo o mesmo tratamento à casos distintos.

A bem da verdade, ao realizarmos uma leitura atenta nas entrelinhas das sentenças do cotidiano, perceberemos que o discurso de que o princípio da insignificância não se aplica ao delito de tráfico ilícito de drogas por ser de crime de perigo presumido ou abstrato, em que mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante, apenas legitima decisões fundamentadas pelo uso das próprias concepções éticas e morais do julgador. Aliás, a intransigência dos julgadores ao não aplicar a insignificância a este tipo de crime fica ainda mais nítida quando nos deparamos com decisões que admitem a aplicação do princípio da insignificância a outros tipos de perigo abstrato, como no delito de porte ilegal arma ou posse de munição de uso restrito, nos crimes ambientais e nos crimes que envolve rádio comunitária clandestina (art. 183 da lei 9.472/1997), por exemplo.

Nesse sentido, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que compreende o porte ilegal de arma ou munições como crime de perigo abstrato, cuja consumação, no entendimento da

¹²¹ *Ibidem*. p. 235.

Suprema Corte, independente de demonstração de sua potencialidade lesiva, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 154.390, já reconheceu atipicidade material da conduta imputada ao paciente que mantinha em sua posse uma única munição de fuzil (calibre 762). Nas palavras do Ministro Dias Toffoli:

Na linha de precedentes, o porte ilegal de arma ou munições é crime de perigo abstrato, cuja consumação independente de demonstração de sua potencialidade lesiva. A hipótese retratada autoriza a mitigação do referido entendimento, uma vez que a conduta do paciente de manter em sua posse uma única munição de fuzil (calibre 762), recebida, segundo a sentença, de amigos que trabalharam no Exército, não tem o condão de gerar perigo para a sociedade, de modo a contundir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. É certo que a sentença condenatória reconheceu a reincidência do paciente. Porém, bem apontou a Procuradoria-Geral da República que a questão “está pendente de análise em sede de revisão criminal, porque, ao que parece, a condenação que gerou a reincidência refere-se ao homônimo ‘José Luiz da Silva Gonçalves’.”. Não há, portanto, óbice à aplicação do princípio da insignificância na espécie, sendo de rigor seu reconhecimento. Ordem concedida para, em razão do princípio da insignificância, reconhecer a atipicidade material da conduta imputada ao paciente.¹²²

No mesmo passo, o Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 446.915/RS, sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da Quinta Turma, também já reconheceu a irrelevância da posse de pequena quantidade de munições e aplicou o princípio da insignificância ao crime de perigo abstrato. De acordo com o Ministro Relator:

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Não há se falar em atipicidade em virtude da apreensão da munição desacompanhada de arma de fogo, porquanto a conduta narrada preenche não apenas a tipicidade formal mas também a material, uma vez que "o tipo penal visa à proteção da incolumidade pública, não sendo suficiente a mera proteção à incolumidade pessoal" (AgRg no REsp n.1.434.940/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 4/2/2016). Nesse contexto, verifico que permanece hígida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a posse de munição, mesmo desacompanhada de arma apta a deflagrá-la, continua a preencher a tipicidade penal, não podendo ser considerada atípica a conduta. Passou-se a admitir, no entanto, a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF e do STJ. A possibilidade de incidência do princípio da insignificância não pode levar à situação

¹²² STF, 2.^a Turma, HC nº 154.390, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgamento em 17 de abril de 2018. Aqui, cabe a mesma reflexão feita no item 3.1 do presente trabalho em relação a potencialidade lesiva da ação. Frisa-se: “a potencialidade lesiva não é passível de medição pois a conduta é, por si só, uma ação com a capacidade de produzir ofensas ao bem jurídico. Assim, só posso medir a ofensa ao bem jurídico no momento em que ela se materializa de alguma maneira. Ora, se eu digo que essa ação sequer é potencialmente lesiva, essa conduta não se ajusta a descrição típica. Logo, a conduta seria formalmente atípica e não haveria razão para analisar os demais vetores” e, portanto, tecnicamente, não há que se falar em princípio da insignificância.

de proteção deficiente ao bem jurídico tutelado. Portanto, não se deve abrir muito o espectro de sua incidência, que deve se dar apenas quando efetivamente mínima a quantidade de munição apreendida, em conjunto com as circunstâncias do caso concreto, a denotar a inexpressividade da lesão. Com efeito, analisando os precedentes, verifico a insignificância se apresenta em situações nas quais se portava de 1 a 7 munições. Outrossim, a Quinta Turma já considerou que a apreensão de 20 projéteis não autorizava a aplicação do mencionado princípio. A situação apresentada está mais próxima das hipóteses em que se reconheceu a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, possuindo, assim, a nota de excepcionalidade que autoriza a incidência do referido princípio, porquanto apreendidos 2 cartuchos de calibre .40, desacompanhados de arma de fogo. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente pelo crime tipificado no art. 12 da Lei nº 10.826/03.¹²³

Ainda, quanto ao crime do artigo 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98, considerado como crime de perigo presumido ou abstrato por parte da doutrina, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a aplicação do princípio da insignificância:

Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. *Rei furtivae* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.¹²⁴

Portanto, embora a aplicação do princípio da insignificância aos casos citados acima seja dotada de “atecnicia dogmática” que, certamente não serviria para a análise no delito de tráfico de drogas, ainda predomina no cotidiano forense uma “relutância moral” disfarçada de “objeção doutrinária” para impedir a aplicação do princípio da insignificância ao tráfico de drogas.

3.4.2. O desvalor da ação e o desvalor do resultado como indicadores de aferição da insignificância

Para uma reflexão acerca do suposto conflito entre o princípio da lesividade (uns dos principais fundamentos da insignificância) e os crimes de perigo abstrato e discutiremos o desvalor da ação e desvalor do resultado, cumpre destacar as duas principais teorias que procuram aprofundar o debate, quais sejam: *i*) monismo-subjetivo; e *ii*) dualismo (moderado e rigoroso).

¹²³ STJ, 5ª Turma, HC nº 446.915/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgamento em 07 de agosto de 2018.

¹²⁴ STF, 2ª Turma, HC nº 112.563/SC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 21 de agosto de 2012.

O monismo-subjetivo, oriundo da teoria do injusto pessoal de Welzel, implantada por Armin Kaufmann, é a corrente mais rígida pois considera desnecessário o desvalor do resultado para a caracterização do injusto. Nesse sentido, não se exige do autor da conduta a capacidade de motivar-se de acordo com a norma, apenas que esteja apto a realizar a ação (des)valorada, mesmo que imputável. Em que pese as incoerências apresentadas por essa teoria, Tiago Joffily explica que:

Na opinião pessoal deste autor, toda e qualquer norma pressupõe um juízo de valor, sendo certo que a relação entre este e aquela se dá em uma sequência escalonada. Primeiro, haveria uma valoração positiva de determinado bem (a vida vale, logo, deve ser), à qual se seguiria, num segundo momento, uma valoração negativa de tudo aquilo que possa lesionar ou colocar em perigo esse bem (é desvalorada a conduta que atente contra a vida). Nesse primeiro e segundo momentos, que poderiam se dar de forma concomitante em alguns casos, o juízo de valor recairia sobre uma simples situação fática (objetiva), de modo que até mesmo fenômenos da natureza, como a morte causada por um raio, poderiam ser desvalorados (logo, devem não ser). De tal conjunto de acontecimentos valorados e desvalorados se poderia destacar, então, como juridicamente relevantes, aqueles que são obra do agir humano, ou seja, aquelas ações que tenham por finalidade a produção de situações valoradas positiva ou negativamente. Já aqui, num terceiro e último estágio, o que se valora “não é a causalidade enquanto ‘acontecimento’ ou ‘ocorrência’, senão a ‘composição teleológica da intencionalidade’ do homem”. Desta maneira, “o acontecimento se transforma em ‘obra da vontade’, a finalidade faz com que o ‘acontecimento’ seja imputável a uma pessoa e a valoração inclui como objeto o homem: ‘ilícito pessoal’”.¹²⁵

Para esta teoria, “o princípio da lesividade não interfere propriamente no conteúdo do injusto penal, mas apenas na motivação do legislador no momento da elaboração da norma incriminadora”¹²⁶.

O dualismo moderado, por sua vez, preceitua que a relevância do desvalor do resultado dependerá do que exige cada tipo legal. De acordo com Stratenwerth, existem casos que, quando o tipo exigir o resultado, a exemplo dos tipos culposos, o desvalor do resultado será tão necessário quanto é o desvalor da ação. Há casos em que o resultado será apontado como um elemento fundamental apenas para o aperfeiçoamento da figura consumada, como no caso da maioria dos tipos dolosos. Nesse caso, a tentativa se satisfará apenas com o desvalor da ação. Ainda segundo essa teoria, existe casos em que nenhum resultado é exigido pelo tipo (crime de mera conduta), isto é, basta o desvalor da ação. Como aponta Tiago Joffily:

¹²⁵ JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 41.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 104.

o dualismo defendido por Stratenwerth não é de todo rigoroso quanto à exigência do desvalor do resultado para a caracterização do injusto uma vez que admite expressamente ilícitos formados exclusivamente pelo desvalor da ação quando assim tipificados pelo legislador, tal como seria o caso dos delitos dolosos tentados e crimes de mera conduta. Exatamente por isso, Hirsch denominará a corrente da qual Stratenwerth é um dos maiores representantes de “dualista-subjetiva”, de modo a evidenciar que, com ela, não se chega a romper o paradigma essencialmente subjetivista defendido pelos monistas (ou, quando muito, só o rompendo com relação a algumas figuras típicas).¹²⁷

Em relação ao princípio da lesividade, a teoria dualista moderada compreende que o dito princípio “não possui significado único, como ocorre com o princípio da culpabilidade”¹²⁸. Sob esta perspectiva, explica Joffily que:

seu conteúdo pode variar de acordo com o grau de afetação do bem jurídico exigido por cada tipo penal, numa escala que vai, desde a mera tendência lesiva ou perigosa da ação (no caso dos crimes de perigo abstrato puros e das tentativas inidôneas), até o efetivo dano do bem jurídico (no caso de crimes de resultado de lesão)¹²⁹.

Enfim, o dualismo rigoroso compreende que todo e qualquer injusto será sempre estruturado por um desvalor da ação e por um desvalor do resultado. Conforme afirmação já feita anteriormente, o crime exige, sempre, o desvalor da ação (a realização de uma conduta) e o desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime).

No presente trabalho, compartilhamos do mesmo entendimento de Zaffaroni que compreende o resultado como elemento necessário no injusto penal. Logo, em tese, só há que se falar em crime de haver uma relação entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado, em observância ao princípio da lesividade.

Por estas razões, para alguns autores, uma vez que o injusto penal compreenderia tanto o desvalor da ação quanto o desvalor do resultado, os crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais por contrariar o princípio da ofensividade. Outros autores, no entanto, não compartilham do mesmo entendimento e consideram que “o respeito ao princípio da lesividade não implica a rejeição, de plano, dos delitos de perigo abstrato”¹³⁰.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 57.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 105.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ BOTTINI, Perpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 170.

Em que pese o entendimento de que o resultado deve ser elemento indispensável ao injusto penal, para elucidar o conflito entre aplicação do princípio da insignificância e o crime de perigo abstrato, sobretudo o tráfico de drogas, a doutrina moderna tem atribuído maior relevância à potencialidade lesiva e criado os chamados delitos de perigo abstrato-concreto. Assim, não é por outra razão que o vetor “a mínima ofensividade da conduta” (como potencial afetação do bem jurídico), elencado no acórdão paradigma e descrito nos projetos de lei, tem adquirido novos contornos sendo tratado como parte integrante do desvalor da ação. Como explica Tiago Joffily:

Essa distinção entre potencialidade lesiva, como parte integrante do desvalor da ação, e lesividade efetiva (dano ou perigo concreto de dano), como parte do desvalor do resultado, foi difundida nas últimas duas décadas juntamente com uma específica teoria da imputação objetiva – a do funcionalismo teleológico de Roxin – que é também explicitamente acolhida no Projeto (art. 14, parágrafo único). Segundo essa concepção (que é muito mais antiga do que funcionalismo em si, remontando à obra de Wilhelm Gallas e, em última análise, a do próprio Karl Binding), a periculosidade seria como um atributo objetivo do desvalor da ação, aferível segundo o critério da prognose póstuma, ou seja, *ex ante factum*, de modo a evidenciar que não basta para configuração do desvalor da ação a simples exteriorização da vontade contrária à norma incriminadora; além disso, é preciso que a conduta voluntariamente exteriorizada seja objetivamente capaz de lesionar bens jurídicos, ainda que, na prática, o tipo legal dispense a ocorrência desse resultado danoso ou concretamente perigoso para o aperfeiçoamento do delito. Esse critério da periculosidade *ex ante* da conduta vem tendo aceitação crescente nas doutrinas alemã e espanhola, ao argumento de que com ele seria possível conciliar a existência de incriminações baseadas no puro desvalor da ação, sem que se tenha que romper de forma absoluta com o princípio da lesividade. O argumento é mais ou menos o seguinte: há de fato incriminações que não exigem a ocorrência de qualquer resultado lesivo ou concretamente perigoso para o bem jurídico (como seria o caso dos crimes de perigo abstrato, p. ex.). Isso, no entanto, não quer necessariamente dizer que tais incriminações sejam expressão do puro arbítrio estatal, na forma de meras violações do comando legal, meras desobediências. Na verdade, dirão os adeptos dessa corrente, na medida em que a conduta proibida seja idônea para lesionar bens jurídicos, isso já é o suficiente para satisfazer o princípio da lesividade. Afinal, se o direito penal tem por missão proteger bens jurídicos de eventuais lesões, não há por que aguardar que esse resultado indesejado chegue efetivamente a ocorrer para que se autorize a intervenção punitiva estatal. Melhor, e muito mais lógico, é agir preventivamente, à vista de meras ações potencialmente lesivas.¹³¹

Nesse sentido, Cezar Roberto Bintecourt expõe que “nos delitos de perigo abstrato é necessário demonstrar, pelo menos, a idoneidade da conduta realizada pelo agente para produzir um potencial resultado de dano ao bem jurídico, isto desde uma perspectiva genérica”¹³².

¹³¹ JOFFILY, Tiago. O Princípio da Lesividade na reforma penal. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, out./dez. 2012, p. 50-51.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado direito penal: parte geral 1**. 20ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 283.

Quanto à coexistência entre incriminações baseadas no puro desvalor da ação e o princípio da lesividade, Pierpaolo Cruz Bottini sustenta que:

A lesividade não é verificada apenas nos comportamentos que danificam bens jurídicos, mas abarca também a ameaça real ou potencial dos objetos de tutela, que revela condutas penalmente relevantes. O abalo social que legitima a repressão é revelado inicialmente pela conduta, e não pelo resultado material *ex post*¹³³.

Embora o critério da periculosidade seja adotado pela maioria da doutrina, Tiago Joffily adverte que “ele raramente vale para todas as formas de aparição dos delitos de perigo abstrato”¹³⁴. Ainda, Juarez Tavares, ao analisar os contornos traçados pela doutrina para enfrentar a questão, orienta que:

Essa tentativa atenua, com efeito o caráter puramente abstrato da presunção de perigo, mas não resolve a questão de sua incompatibilidade com a ordem jurídica democrática, porque não possibilita ao cidadão se orientar pela proibição e se situar também como protagonista da norma criminalizadora¹³⁵.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 127.573, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, analisou a aplicação da insignificância a conduta de uma paciente que foi condenada à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, pela posse de 1g (um grama) de maconha. Em seu voto, o Ministro Relator destacou a desproporcionalidade da imputação do crime de tráfico de drogas à paciente sob o argumento de que “o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) pode atingir, como objeto de seu controle, tanto uma norma em abstrato e sua própria validade, como, de forma mais específica, determinada interpretação da norma em um caso concreto.”. Ainda nesse ponto, o Ministro relata que:

não se pode dizer que o oferecimento de uma pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, por parte do Estado, se revele como uma resposta adequada, nem tampouco necessária, para repelir o tráfico de 1g (um grama) de maconha. Em um controle da proporcionalidade em sentido estrito, ainda, salta aos olhos a desproporcionalidade do oferecimento de tal pena. Além disso, o presente caso é um exemplo emblemático da flagrante desproporcionalidade da própria pena em abstrato prevista para o tipo penal do tráfico de drogas diante de casos em que a quantidade de entorpecentes é irrisória. A solução aqui proposta, para tais casos de flagrante desproporcionalidade entre a lesividade da conduta e a reprimenda estatal

¹³³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 170.

¹³⁴ JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 261.

¹³⁵ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 187.

oferecida, é a adoção do princípio da insignificância no âmbito dos crimes de tráfico de drogas.¹³⁶

Ainda, o Ministro Gilmar Mendes procura confrontar o entendimento adotado pela Suprema Corte (que o princípio da insignificância não se aplica ao delito de tráfico de entorpecentes, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida) Gilmar Mendes descreve que:

O principal argumento levantado por aqueles que sustentam tal inaplicabilidade é o de que o tráfico ilícito de entorpecentes se revela um crime de perigo abstrato, que tutela bens jurídicos difusos (segurança pública e paz social), e que, portanto, repele o emprego do princípio da insignificância. No entanto, entendo que tal equação dogmática (crime de perigo abstrato + bem jurídico difuso = inaplicabilidade automática do princípio da insignificância) não se revela exatamente precisa em sua essência.¹³⁷

Prosseguindo em sua análise, o Ministro Relator explica que:

Diferentemente do que ocorre com os crimes de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato pressupõem um juízo de possibilidade, ou de probabilidade, e não um juízo de certeza de perigo de dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal. É preciso que haja, de todo modo, uma clara demonstração da potencialidade efetiva da conduta em vir a causar um perigo de dano ao valor protegido, já que o juízo de probabilidade que fundamenta os crimes de perigo abstrato não pode ser reduzido a nada ou a uma não possibilidade de risco de dano. Se os crimes de perigo concreto exigem uma demonstração concreta do perigo, em uma certeza de risco de dano, os crimes de perigo abstrato exigem uma demonstração concreta da possibilidade de risco de dano, já que não são crimes de mera conduta.¹³⁸

Ainda de acordo com o Ministro, entender que os crimes de perigo abstrato funcionam como uma presunção absoluta de risco de dano é criar um juízo precipitado e equivocado. Assim, para ele, é importante observar, no caso concreto, se há a comprovação da possibilidade de risco de dano da conduta do agente ao bem jurídico tutelado pois, caso contrário, estaremos diante de um comportamento atípico do ponto de vista material, ainda que haja uma subsunção formal da conduta ao tipo penal de perigo abstrato. Como conclui Gilmar Mendes:

A questão aqui é saber se e em que grau o comportamento ofende o bem jurídico digno de tutela penal. Justamente nessa dimensão negativa, surge na doutrina italiana o princípio da ofensividade, que prevê, em síntese, que não há tipicidade material, e, portanto, não há crime, quando a conduta concreta do agente não representar uma efetiva lesão ou uma possibilidade de lesão ao bem jurídico.¹³⁹

¹³⁶ STF, 2ª Turma, HC nº 127.573/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 11 de novembro de 2019.

¹³⁷ *Ibidem.*

¹³⁸ *Ibidem.*

¹³⁹ *Ibidem.*

Da leitura do acórdão, ao destacar que não há crime quando “a conduta concreta do agente não representar uma efetiva lesão ou uma possibilidade de lesão ao bem jurídico” ou, em outras palavras, não houver a “comprovação da possibilidade de risco de dano da conduta do agente ao bem jurídico tutelado”, nota-se que a decisão foi proferida no sentido de associar a periculosidade como um atributo objetivo do desvalor da ação. Ora, o Ministro reproduz a mesma “atecna dogmática” já apresentada.

Como já exposto de forma exaustiva, a potencialidade lesiva não é passível de medição pois a conduta é, por si só, uma ação com a capacidade de produzir ofensas ao bem jurídico. Assim, só posso medir a ofensa ao bem jurídico no momento em que ela se materializa de alguma maneira. Ora, se eu digo que essa ação sequer é potencialmente lesiva, essa conduta não se ajusta a descrição típica. Logo, a conduta seria formalmente atípica e não haveria razão para analisar os demais vetores e, portanto, tecnicamente, não há que se falar em princípio da insignificância.

Isso não quer dizer que o argumento de que o vetor “a” também utilizado pelo Gilmar Mendes, não possa resolver problemas. Todavia, a expressão “a mínima ofensividade da conduta do agente” não é capaz de representar o princípio da insignificância pois o dito princípio remete a uma afetação irrisória do bem jurídico.

Diante desse raciocínio, indagamos: se um indivíduo vendesse uma 1 grama de maconha em frente uma escola durante o expediente, sua conduta não estaria representando uma efetiva lesão ou uma possibilidade de lesão ao bem jurídico das crianças?

Nesse caso, é possível dizer que há potencialidade lesiva na ação e que essa ação possui capacidade de produzir ofensas ao bem jurídico, ou seja, no contexto acima, a conduta é capaz afetar uma pessoa qualquer. Como ressalta Tiago Joffily,

Tampouco parece ser suficiente para a caracterização do injusto a mera potencialidade lesiva da conduta, na forma de uma potencialidade aferível *ex ante*, tal como vem sendo trabalhada por cada vez mais autores no âmbito da teoria objetiva. É que, para haver conflito intersubjetivo, não basta a idoneidade da conduta para afetar uma pessoa qualquer. É preciso que a conduta proibida tenha efetivamente ingressado na esfera de proteção do outro, transformando qualitativamente sua vida. Só assim se pode falar na existência de um conflito grave à vista do qual a intervenção punitiva

possa parecer a única alternativa possível para evitar um desfecho ainda mais violento por parte das pessoas diretamente envolvidas.¹⁴⁰

Logo, no caso da venda de 1 grama na porta da escola, é possível que a conduta proibida efetivamente ingressou na esfera de proteção do outro (da saúde individual do outro), transformando qualitativamente sua vida.

Do contrário, se o agente vende 1 grama de maconha na porta da escola durante o feriado, sem a presença de seus frequentadores, a conduta seria insignificante. Em outras palavras, a conduta do agente é a mesma, a diferença é que a conduta proibida não ingressou na esfera de proteção do outro (da saúde individual do outro).

Portanto, no caso do tráfico de drogas, será possível aplicar o princípio da insignificância a depender do contexto. Ou seja, a circunstância do fato que definirá se a conduta é ou não capaz de afetar uma pessoa qualquer. Para a existência de uma conflitividade intersubjetiva, é fundamental que “a conduta tenha efetivamente ingressado na esfera de proteção do outro, transformando qualitativamente sua vida”, isto é, uma efetiva afetação da saúde individual decorrente dessa relação conflituosa.

¹⁴⁰ JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 108-109.

CONCLUSÃO

As regulações e regulamentações das drogas, ancoradas no discurso de que a diferenciação das substâncias psicoativas é atribuída aos danos potenciais, contribuíram para decisões judiciais irracionais, fortaleceram a carga simbólica dos tipos de drogas decorrente de seus diferentes regimes de normatização e favorecem a propagação de um direito penal máximo consubstanciadas na mera desobediência à norma, ainda que a conduta concreta do agente não represente uma efetiva lesão ou uma possibilidade de lesão ao bem jurídico.

Nesse ponto, em que pese a dificuldade em conceituá-lo, ressaltamos que a figura do bem jurídico exerce uma função indispensável de racionalização e contenção do poder punitivo estatal (a função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado e a função teleológica ou interpretativa).

Em relação ao bem jurídico no tráfico de drogas, a lei 11.343/2006, por meio dos seus artigos 28 e 33 a 39, tipifica condutas que têm como bem jurídico protegido primariamente a figura da saúde pública, costumeiramente classificado como supraindividual. Nesse sentido, reforçamos que os delitos que possuem a saúde pública como bem declaradamente tutelado fazem menção às condutas que possuem potencialidade lesiva a saúdes individuais em larga escala.

Respeitando outros entendimentos, acreditamos que a saúde pública não atende aos requisitos básicos que configuram um bem jurídico coletivo. Trata-se de um bem aparente. O que se tutela é o conjunto de integridades físicas (ou saúdes individuais) ou, potencialmente, de vidas de vários integrantes da sociedade. A interpretação dos tipos penais em que se declara a saúde pública como bem jurídico tutelado deve ser feita à luz do que se visa proteger, que é um bem jurídico individual, sendo este normalmente a integridade física (ou saúde individual), ou, potencialmente, a vida. A solução para os casos onde a pena cominada seja desproporcionalmente alta em relação à gravidade abstrata da conduta descrita no tipo penal é, portanto, o emprego de uma interpretação restritiva, de forma que apenas condutas cujo desvalor possa justificar a pena cominada sejam subsumidas.

Seguindo os ensinamentos de Zaffaroni, destacamos que o bem jurídico fundamenta e delimita os contornos do princípio da lesividade. Este princípio, que fundamenta o princípio da

insignificância, busca conter o poder punitivo estatal sujeitando a incriminação de qualquer conduta à constatação de sua ofensividade cuja comprovação se dá pela verificação da lesão por dano ou perigo (levando-se em conta o grau de perigo) ao bem jurídico. Isto é, visa limitar a criminalização de conduta que resulte numa suposta lesão ao bem jurídico ou, ainda, uma lesão genérica, presumida ou especulativa ao bem jurídico tutelado. Do mesmo modo, ainda nas lições de Zaffaroni e Batista, o princípio da proporcionalidade é o principal alicerce do princípio da insignificância e a não aplicação deste princípio revelaria uma irracionalidade tão manifesta como indignante.

Ainda, em virtude da lesividade ser o principal parâmetro da (in)significância (avaliando a efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal), o melhor posicionamento para a insignificância na teoria do delito é no âmbito da tipicidade. De toda forma, embora se reconheça a importância da tipicidade material na formulação e no desenvolvimento histórico do princípio da insignificância, este princípio melhor se adequa ao paradigma do tipo conglobante, porquanto opera na redução do âmbito de alcance do tipo penal, excluindo-o quando não haja afetação do bem jurídico ou tal afetação seja insignificante.

Para delimitar a aferição do relevo material da tipicidade penal, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.412/SP, instituiu “vetores”, tais como: a) a mínima ofensividade da conduta; b) a nenhuma periculosidade da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada, que se mostraram vulneráveis as mais variadas interpretações, proporcionando imprevisibilidade, insegurança jurídica, decisões arbitrárias e “atécnicas”.

Quem sabe, o fracasso na tarefa de padronização seja resultado da deserção da teoria do delito que, nas palavras de Zaffaroni, é a “parte do discurso jurídico-penal que explicita de forma orgânica o conjunto dos requisitos que a agência judicial deve exigir antes de decidir-se afirmativamente pelo prosseguimento do processo de criminalização”¹⁴¹. Esta é a ferramenta que proporcionará uma melhor compreensão acerca do conceito de crime de perigo abstrato e seus problemas no direito penal. A propósito, o crime exige, sempre, o desvalor da ação (a realização de uma conduta) e o desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime).

¹⁴¹ ZAFFARONI, E. Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 248.

Enfim, no caso do tráfico de drogas, é o contexto que definirá se essa a conduta do agente é ou não capaz de afetar uma pessoa qualquer. Assim, para aferição da (ir)relevância penal, é fundamental verificar se a conduta proibida efetivamente ingressou na esfera de proteção do outro, transformando qualitativamente sua vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. Princípio da insignificância no direito penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo**, São Paulo, v. 94, abril/junho 1988.

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Bem jurídico, autonomia e drogas: um ensaio para uma interpretação teleológica dos tipos penais de tóxicos. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Rio Grande do Sul, v. 6, n. 2, 2018.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARRETO, Tobias. Comentário theorico e critico ao código criminal brasileiro. In: **Estudos de Direito Penal, coleção História do Pensamento Brasileiro**. Brasília: Editora do Senado, 2004, pp. 158-159.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado direito penal: parte geral 1**. 20ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINI, Perpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARNEIRO, Henrique. **Drogas: a história do proibicionismo**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

CARUNCHO, Alexey Choi e BUSATO, Paulo Cesar. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. **Revista de Estudos Criminais**, n. 40, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno de, e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, José Theodoro Corrêa de. **Tráfico de drogas: prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

DALBORA, José Luiz Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, ano 4, n. 14.

FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao código penal do Brasil**. vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIULIANI, Emília Merlini. A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamentos. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 24, n. 124, p. 17-35, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. **Boletim do IBCCRIM**, n. 102, 2001.

_____. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 82, p. 165-185, 2010b.

_____. Tipos de autor e lei de tóxicos ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 226-238, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JOFFILY, Tiago. O Princípio da Lesividade na reforma penal. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, out./dez. 2012.

_____. **O resultado como fundamento do injusto penal**. 1ª edição. Florinópolis: Empório do Direito, 2016.

KINDHÄUSER, Ürs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. trad. Beatriz Corrêa Camargo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 95, p. 85-95, 2012.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

LOPES, Maurício Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95 (juizados especiais criminais)**. São Paulo: RT, 1997.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. rev. e amp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. **Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Princípio da insignificância: proposta para uma nova política criminal racional. Temas de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona: Editora Ariel, 1962.

PANOEIRO, José Maria e CHEKER, Monique. Incongruências significativas: o princípio da insignificância na jurisprudência brasileira. **Revista Ommes-ANPR**, n. 1.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. **Boletim do IBCCRIM**, ano 9, n. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Carlos Frederico. O conceito de bem jurídico e o princípio da insignificância. **Revista do Ministério Público Militar**. Brasília: MPM, ano 10, n. 13, 1991.

PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2ª ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Derecho Penal, Parte General, tomo I**. trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 53, p. 9-37, 2005.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 7, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Fundamentos de teoria do delito**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VITOR, Enrique Ulises García. **La insignificancia en el derecho penal: los delitos de bagatela**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**, trad. De Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. vol. I. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **Direito Penal Brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, E. Raul. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. vol. 1. 8ª ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945**. trad. Rodrigo Murad do Prado. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

Jurisprudência:

STJ, 6ª Turma, HC nº 195.985, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgamento em 09 de junho de 2015.

STJ, HC 260.074-AgRg/BA, Rel. Ministro Jorge Mussi.

STJ, 5ª Turma, HC nº 446.915/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgamento em 07 de agosto de 2018.

STF, 2ª Turma, HC nº 112.563/SC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 21 de agosto de 2012.

STF, 2ª Turma, HC nº 154.390, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgamento em 17 de abril de 2018.

STF, 2ª Turma, HC nº 127.573/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 11 de novembro de 2019.